





EMANUELIS DUNJ J. C.

DE

VETERI AC NOVO JURE

CODICILLORUM

COMMENTARIUS

Atque de Solemni Quinque Teſtium Numero in Codicillis vel Teſtamento confirmatis

ADVERSUS

JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM

ACCEDIT

Contraria Boehmeri diſputatio De Codicillis sine Testibus validis, additis animadverſionibus, quibus Auctor ſuo quoquo loco notatur.

AD

BENEDICTUM XIV.

PONT. MAX.



ROMÆ CIϽIϽCCLII.

Ex Typographia Hieronymi Mainardi.
Superiorum auctoritate.

BENEDICTO XIV.
PONT. OPT. MAX.

INGENII PRÆSTANTIA ANIMI ÆQVABILITATE
MORVM SANCTITATE
NVLLI SECVNDO
BONIS ARTIBVS INSTITVTO
AD ELOQVENTIAM FACTO
DIVINI HVMANIQVE JVRIS SCIENTIA
CONSVMMATISSIMO
PER QVEM
PROEMIO VIRTVTI ADDICTO
LITTERÆ EXCITANTVR
PRISCA CHRISTIANÆ PIETATIS DISCIPLINA
REVOCATA
MORES COMPONVNTVR
ÆQVI RECTIQVE NORMA SVSTENTATVR

EMANVEL DVNIVS
SINGVLARE HOCCE JVRIS COMMENTARIVM
VENERABVNDVS
DICAT CONSECRATQVE

EMANUEL DUNIUS CL. AC ERUDITISSIMO J. C. JOSEPHO PASCHALI CYRILLO
S.

Quod meum qualecumque opus, antequam ederem, ad te mittere ausim Cl. Vir, nolim putes id factum ostentationis caussa, ut plerique solent, qui rerum suarum æstimatione elati nunquam quiescant, dum plausus vel ab invitis non captaverint. Etenim non is sum, qui nesciam, quanto in periculo versetur, qui vel quid minimum in scribendo aggrediatur, præsertim in jure Civili interpretando, in quo utinam vel pauciores haberemus Interpretes, vel saltem diligentiores. Ingenue fateor, ut vidi gravissimas difficultates, quæ undique mihi offerebantur in elaborando Commentario, quod proposueram, De jure Codicillorum *eo rerum ordine, quem deprehendes, statim desiderare cœpi judicium alicujus probati viri, cujus consilio vel acquiescerem cogitationibus meis, vel admonitus continuo ab iis recederem; non enim incendor usque eo amore mei, ut æquis aliorum non commovear suasionibus. Igitur cogitanti mihi, cui magis rem meam jure credere possem, animo quidem occurrit nominis tui amplitudo: Et a quo magis, quam a te Vir Doctissime hoc rectius exspectandum licuerit? Qui sane præ ceteris politioribus litteris ea potissimum præstas universi Juris cognitione, ut non modo Academiæ Neapolitanæ, sed & Italiæ decus, ac ornamentum merito habearis. Hinc antequam Commentarium meum vulgarem, nil rectius agere existimavi, quam te iterum, atque iterum rogare, ut, ni graveris, tuam qualemcumque mihi velis de re mea aperire sententiam; nam facile gravissimo, eoque*

ſapientiſſimo judicio tuo fâſces ſubmitto ; quum nec quicquam ratum mihi umquam habere crediderim, niſi quod tu una probaveris. Mitto quæ pertinerent ad operis rationem oſtendendam, ne te fruſtra teneam, quum alioqui ex eo ipſo omnia cognoveris; itemque intelliges, quemadmodum pro ingenii viribus ſtuduerim rem omnem, quæ Codicillorum materiam ſpectabat, tum veteri jure proditam, tum novo, in ſua quæque juris referre principia, ut ita conſequentia, quæ inde manarent, ſuum quoque fontem agnoſcerent. Vale.

Dabam Romæ VII. Kal. Aug. CIϽIϽCCLII.

JO-

JOSEPHUS PASCHALIS CYRILLUS EMMANUELI DUNIO J. C.
S.

Est sane diu, mi Duni, quum de veteri Romanæ Jurisprudentiæ dignitate multum decessit. Sub finem seculi XVII. atque initium hujus, quod excurrit, ornando jure Civili adlaboratum a Ger. Noodtio, A. Schultingio, Corn. Bynkershoekio, ac Jos. Averanio. Ex quo vero IIII viri isti Jurisprudentiæ restituendæ commentari alia desierunt, dilabi ea rursus visa est. Sed ecce subsidio nunc venit tuus de jure Codicillorum *Liber. Ego eum, ut mihi fuit abs te redditus cum elegantissimis literis tuis (casu autem redditus est tua, ejusque, qui reddidit, opinione serius) cœpi legere diligenter, jamque ad extremam usque plagulam perlegi. Ex eo, mihi crede, non mediocrem voluptatem, atque adeo fructum cepi: quo nomine maximas tibi gratias ago, agamque, dum vivam. Quam ornate, Deus bone, quam composite, quam subtiliter omnia pertractantur! Jam quantum est illud, quod §. III. cap. I. fuse, & graviter disputas contra Boehmerum! Locus hic unus* Commentarioli *tui est mihi tanti, ut immania quorumdam volumina, quæ hoc tempore in deliciis sunt, non faciam tantidem. Ego de isto tam acri, tam subacto, tam præstanti ingenio tuo plurimum tibi gratulor, doctissime Dunj. Sed per ingenium istud tuum te rogo, atque oro, ut porro pergas Romanum jus excolere, uti occepisti. Manent te fortasse multa aliorum ingeniis intentata. Vale, mi Duni.*

Neap. VII. Kal. Septembr. CIↃ IↃCC*LII.*

Sed egone insalutato Centimano nostro, cui omnia officia

ficia debeo; epistolam obsignem? Illi tu salutem a me plurimam. Expectat is meos de jure Civili Libros repetitæ prælectionis. Nihil mihi longius, quam ut edantur; castigant enim illos meos male consutos Commentarios in Libros IV. Inst. juvenile, ac pœnitendum opus. Sed me aliud de alio impedit in dies. Brevi tamen prodibunt. Accipies tu quoque, Duni, exemplar eorum, dum ne putes, velle me tibi parem gratiam referre. Iterum vale.

IM

IMPRIMATUR

Si videbitur Reveredifs. P. Mag. Sacri Palatii Apoftolici.

F. M. De Rubeis Patr. Conft. Vicefg.

Optandum quod maxime erat, ut perpetuo Commentario explicaretur, qualis origo, quæ folemnitas, & quanta prius, ac porro fuerit Codicillorum auctoritas, five Prudentum fpectentur refponfa, Principumque Conftitutiones; five Pragmaticorum perfcrutentur fubmiffæ in foro interpretationes: vix enim aliquibus rite pauca & difpertita, plura aliis fine delectu, & inconfulto exciderunt: Id tandem in hoc Opufculo de veteri ac novo jure Codicillorum Cl. V. Emanuelis Duni *concinne, & pro dignitate exaratum deprehenditur: nam eo ordine, ea fermonis elegantia, atque ea juris fcientia rem pertractandam, expoliendam, vindicandamque fufcepit Auctor fummi ingenii, & eruditionis, ut antecesfores omnes præceffiffe videatur, reliquiffe neminem, qui diligentiorem fe exhibeat interpretem. Elegantiffimum itaque opufculum, in quo nihil offenditur æquo cenfore dignum, imo quod eft rei publicæ utiliffimum pro recto jure dicundo, interpretandove, debet, quo poterit citius, in lucem prodire; quemadmodum cenfeo etiam atque etiam, fi id ipfum probet, cujus fumma eft imperandi poteftas.*

Cajetanus Centimmanus in Romana Curia Adv.

IMPRIMATUR

Fr. Vincentius Elena Mag. Socius Reverendifs. Sacri Palatii Apoftolici Mag. Ord. Præd.

IN-

I N D E X

CAPITUM, AC §§. TOTIUS OPERIS.

C A P U T I.

CA-

CAPUT II.

DISPUTATIO CONSECTARIA.

Ju-

JUSTI HENNINGI BOEHMERI

Disputatio de Codicillis sine testibus validis cum animadversionibus, quibus Auctor suo quoquo loco notatur.

CAPUT I.

CAPUT II.

De

DE

VETERI AC NOVO JURE CODICILLORUM COMMENTARIUS

Atque de ſolemni quinque teſtium numero in Codicillis vel Teſtamento confirmatis adverſus Juſtum Henningum Boehmerum.



Etus eſt doctorum hominum querela; quod quum Romani Juris doctrina ex Interpretum barbarie, in quam jampridem turpiter offenderat, vindicari paulatim coeperit ope elegantiorum artium ab ſublimioribus ingeniis, inque ſuam veluti nativam reſtitui ſedem; in foro tamen adducta adeo perturbate contrectetur, inter rabularum ſordes; ut quæ Romanorum juriſprudentia quum majeſtate ſua, tum præſtantia, ac gravitate ſententiarum imperaverat univerſis, non raro cogatur alienis magis ſervire deliriis, atque commentis. Hujus perturbationis cauſam qui ſerio inveſtigaverit, partim tribuet Scriptorum imperitiæ, quibus enim datum non erat in Juris Civilis ſapientiam penetrare, facile fuit ita recedere ab genuinis legum ſententiis, ut vocem veterum Juriſconſultorum aut-

adulterarentur, aut penitus corrumperent; partim vitiosæ argumentandi rationi petitæ ex futili, foedaque Arabum dialectica, atque in forum invecta: quam sane ut primum acceperant ex schola Bartolina, aliisque Bartolo æqualibus, eo deinde adduxere, ut totam fere juris doctrinam referrent verborum captionibus, fallacibusque argutiis. Ac sane nil magis in Juris doctrina perniciosius, quam perturbatus dialectices usus; hinc Cicero (a) non aliam ob causam in Juris arte anteponit Servium Sulpicium Q. Scævolæ alioqui Juris peritissimo; nisi quod ille dialectica ceteris præstaret: *Sic enim*, ait, *inquam Brute existimo, juris civilis magnum usum, & apud Scævolam, & apud multos fuisse; artem in hoc uno* (nempe Sulpicio): *quod numquam effecisset ipsius juris scientia; nisi eam præterea didicisset artem, quæ doceret, rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando: ambiguam primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera & falsa judicarentur, & quæ quibus propositis essent, quæque non essent consequentia.* His quoque accessit ipsamet Pragmaticorum insolentia, qui, ne propriam turpitudinem ultro faterentur, haud dubitarunt crimini vertere, quicquid minus intelligerent; atque vel extenuarunt legum auctoritatem, eam nempe causam prætendentes; quod plurima in desuetudinem abierint, nec nostris moribus accommodentur; vel notarunt eruditiores Interpretes veluti observatores subtilioris doctrinæ, nimiumque cupidos rerum obsoletarum, quæ tamen aliena viderentur a quotidiano usu foren-

(a) In Bruto.

renſi. Hinc factum, ut Juris Civilis ratio in diverſas quodammodo abiret partes; etenim qui operam omnem impenderant in perſcrutanda intima legum poteſtate, vix impetrarunt, ne ſibi tantum canerent, & muſis, ut ſuam ſaltem profiterentur doctrinam intra Accademiarum fines; ceteri vero, qui forum undique occuparunt, neglecta fere legum auctoritate, novam ſibi quamdam Juris artem compoſuerunt conflatam magis ex indigeſtis, tumultuariiſque Scriptorum opinionibus; quibus hærentes reſpuunt pene omnia, quæ afferantur ex ſanctiori juriſprudentia, præſertim ſi adverſentur Doctorum ſuorum conſiliis. Quod ſi Scriptores inter ſeſe diſſenſerint, ut ſæpe fit, definitionem magis expectant ab ampliori eorum numero, quam ut ad legum fontes recurrant; quaſi periculoſum ſit vel inter vulgaria diſſidia limpidam legis ſententiam anteponere.

Verum ea eſt rerum conditio; ut quum ſemel a recta via aberremus, ubi tandem pervenerimus, unde progredi amplius non permittatur, tum meminiſſe cogimur erroris noſtri; atque non prius mentem in illam convertere cogitamus, niſi res ipſa monuerit. Enim vero utcumque Romani Juris majeſtas oppreſſa jamdiu detineretur inter forenſes ineptias; attamen quum longo temporis curſu adeo excreverit Doctorum turba, varietaſque opinionum, ut univerſa fere Juris doctrina in diſceptationem adductâ nec amplius diſtingueretur, quid magis ſequendum ſit, quidve reſpuendum; nam vel abſurdiora ſuos agnoſcunt fautores; multoque minus liceret modum quodammodo imponere hujuſmodi tam perturbatis diſſentionibus: res plane veluti in deſperationem redacta effecit, ut noſtra ætate ubique jam cogitari cœperit de reſtituenda Juris arte in pri-

 ſti-

ſtinam ejus ſanctimoniam, eoque aliquando redire, unde Forum inconſulte diſceſſerat. Experientia enim compertum eſt, ut quo majori ſtudio forenſes Scriptores hactenus elaborarint in tranſcribendis, colligendiſque jejunis Pragmaticorum ſententiis, eo implicatior factus ſit earum uſus; utpote quæ avulſæ a ſuis principiis, nec ſibimet conſtare poſſunt, nec regulas umquam conſtituent, ad quas referri commode valeat varietas quotidianarum quæſtionum. Itaque in tanta opinionum confuſione rectius facere exiſtimant doctiſſimi noſtri cauſarum patroni, quum neglectis Pragmaticorum figmentis non raro confugiant ad ſincera Juris principia, quæ nec amplius abhorrent; quin quotidie tentare conantur, ut res forenſis in meliorem viam remittatur. Quod etſi nequeat obtineri uno virium impetu, cui quidem reſiſtit tum vetuſtiſſima contraria conſuetudo, tum imperitorum perfidia, haud tamen animum demittunt; ſed paulatim ſi non aperta, demiſſa ſaltem voce promere ſtudent ſolidiora, ut ita re ſenſim procedente nova aliquando reddatur vita Juriſprudentiæ forenſi.

Hæc autem Juris reſtauratio, quæ noſtro ævo ſumma cum laude excitari coepit vel in forenſibus controverſiis, quo plurimum utilitatis afferre poteſt, eo majoribus ſubeſt difficultatibus quantum ad rectum illius uſum. Etenim plura ſunt, quæ non ita facili negotio expleri poſſunt; ſive exprimenda ſit mens genuina veterum Juriſconſultorum, ſive committenda veteris Juris obſervatio cum novis Imperatorum decretis; ſive denique perducenda veterum inſtituta ad noſtros mores: quod ſane nec temere, nec ſine ſeria meditatione habebitur, ac potiſſimum ſine

pu-

purioris dialectices usu. Falso quidem sibi persuaserint, qui vel nuda Juris Romani lectione, vel non perspecta varia Jurisprudentiæ ætate, variisque proinde ejus principiis, vel minime informati cultioribus litteris, accesserint ad legum interpretationem; quum Romanæ Leges non fuerint è trivio sumtæ, sed ductæ ex honestate naturæ, atque educatæ inter abstrusiores Philosophiæ contemplationes, formam veluti receperunt ab universa Romanorum sapientia. Atque nihil magis hodie verendnm videtur, quam ubi vitare studeant falsa Pragmaticorum dogmata, in sua incidant, eaque absurdiora, quæ tamen nata ex corrupta legum interpretatione, sæpissime non tam Doctoribus, quam legibus ipsis tribuuntur; quasi impune liceat errorem suum legum sententiis adscribere.

Atque huc, ni fallor, referre crediderim speciosam quamdam disputationem editam a Justo Henningo Boehmero *de codicillis sine testibus validis*; quamque novissimo loco refutandam suscepimus. Is quidem alioqui eruditissimus, at leviter fortasse versatus in Jure Civili, ut falsam assertionem, quam sumit, legum sententiis tueretur, sæpe corrumpit sinceram illarum intelligentiam; quin verbis magis insistens, quam rebus, nova quædam protulit Juris principia, ut non modo in proposita quæstione turpiter tandem cogatur cum Pragmaticorum deliramentis ineptire, sed repetita codicillorum doctrina a veteri Jure, quum nec recte, nec satis attigisset differentiam inter Jus vetus, ac novum, utriusque rationem necessario pervertit; indeque carpit, quod ad rem suam conducat. Summa quidem quæstionis a Boehmero excitatæ ita se habet: Quoniam ex vulgata constitutione, quæ prostat in L. ult. §. ult.

ult.C. de codicillis ſtatuitur ſolemnis numerus quinque teſtium in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum, credidit Boehmerus, hanc Imperatoris legem non ita generalem eſſe, ut transferri poſſit ad cujuſvis generis codicillos. Diſtinguit porro codicillos teſtamento confirmatos, puta ſi teſtator ita caverit teſtamento: *quos codicillos, ſive ſchedulas* (ut vulgo appellant) *ſcripſi, vel ſcripſero, vel reliquero, ratos eſſe volo tamquam teſtamenti partes*, a ceteris, quorum nulla habeatur mentio in teſtamento; in his quidem admittit numerum quinque teſtium; in illis vero haud neceſſariam putat hujuſmodi teſtium adhibitionem; propterea quod ob eorum confirmationem in teſtamento habitam (quam tamen Pragmatici appellarunt *voluntatis declarationem per relationem ad ſchedulam*) ſatis conſultum ſit illorum ſolemnitati; quum ipſa teſtamenti ſolemnitas ad codicillos referatur.

Ut autem vidi hanc Boehmeri diſputationem, etſi principio ſtatueram quæſtioni tantummodo incumbere; quum nil magis abſonum dici poſſit, quam ut ſolemnitas unius ſcripturæ ad alteram transferretur, nec magis alienum ab Imperatoris conſilio, quam excipere codicillos teſtamento confirmatos a generali ejus ſanctione de ſolemni quinque teſtium numero; nihilominus quum animadverterim operis progreſſu, rem integre confici non poſſe, niſi quædam neceſſario repeterentur a primæva codicillorum natura, tum a nova eorum indole præſcripta ab Imperatoribus Juſtiniano proximioribus, præſertim ut ita rectius convellerentur Boehmeri argumentationes, immutato conſilio rem omnem duxi aggrediendam, quæ ad codicillorum materiam pertineret; atque pro ingenii viribus abſolutam per-

pertractationem instituere de jure codicillorum tum veteri, tum novo. Quod postquam expediverim, faciliori via ingredi liceat quæstionem peculiarem Boehmeri, quæ sane ipsam codicillorum rationem consequitur. Plane inter tot præstantissimos Jurisconsultos, qui Jus Civile explicarunt, neminem adhuc deprehendi, qui codicillorum materiam plenius, absoluteque complectatur; quum potissimum satis habuerint attingere, quod Justinianus prodidit in suis institutionibus. Vel ipse summus Cujacius, qui unus omnia fere docuit, pauca quidem monuit de jure codicillorum, nec satis distincta; ut haud inutile putaverim pro varia eaque sparsim disseminata codicillorum doctrina tum in mutilis veterum Jurisconsultorum libris, quos Tribonianus nobis reliquit, tum in Codicibus Imperialibus commentarium conficere, quo simul Jus vetus, ac novum omnino cognosceremus. Quo sane vertitur potissima Boehmeri hallucinatio; quum in proposita disputatione, quæ Jus novum spectaverat, probationes petierit ex Pandectarum libris, quasi veterum sententiæ intendere potuerint in posteriores leges. Quare, ne pluribus immorer, rem omnem hoc ordine expediam: Primo sermonem habebimus de jure codicillorum ab Augusti ætate, quum primum eorum jus invaluit ad Constantini Magni usque tempora; qua ætate una fere, eademque juris ratio in illis statui potest. Tum videbimus quicquid immutatum fuerit ab Imperatoribus ab Constantini ævo ad collectionem Justinianeam, quod sane ad jus novum retulimus; quo pacto perspiciemus quid antiquatum sit, quidve manserit ex veteri jure, quod cum novo recte conveniat. Quibus expositis Boehmeri sententiam insectabimur; ibique nedum expendemus ejus ar-

gu-

gumenta, sed una complectemur quicquid hac de re senserint tum juris Interpretes, tum schola forensis; quin nec pigebit descendere ad ea, quæ moribus recepta sunt, quod profecto percipiemus ex receptis sententiis, quas comprobarint præcipui Italiæ Senatus, potissimum Sacra Rota Romana suis quotidianis decretis. Ne autem Lectores fraudentur ipsamet Boehmeri voce ultimo loco ejus quoque disputationem hic adjungendam duximus; præsertim quum hæc edita non reperiatur inter cetera ejus scripta: cui tamen adnotationes adjecimus, quibus suo quoquo loco Auctor notatur.

CAPUT I.

De Jure Codicillorum ab Augusto ad Constantini Magni ætatem.

I. Codicillorum nomen a *Codicibus*, sive *Caudicibus* dictum est, veluti parvi Codices (*a*). *Caudex* autem, & exinde *Codex*, qui latine proprie lignum significat, pro tabulis simul junctis accipiebatur. Ita Nonius (*b*): *Quod antiqui plures tabulas conjunctas Codices dicebant; a quo in Tiberi naves Codicarias appellamus*. Quum autem veteres in tabulis scribere consuevissent; hinc factum, ut tabulæ simul junctæ ad scriptionis usum accommodatæ *Codicis* quoque vocem retinerent. Ait Seneca (*c*): *Plurium tabularum contextus Caudex apud antiquos vocabatur; & naves nunc quoque, quæ ex antiqua consuetudine per Tiberim com-*

(*a*) Hotom. 4. obser. 1. (*b*) Ex Varronis libro 3. de vita pop. Rom. (c) De brevitate vitæ cap. 13.

commeatus ſubvehunt, *Caudicariæ vocantur*. *Tabula* vero apud Latinos, uț ſentit omnigena eruditione Cl. Alexius Symmachus Mazochius (*a*) *laminam ſignificat ex quavis materia tum dura, ut ex marmore, metallo, ebore, ligno; tum molliore, ut ex papyro, membrana, rebus aliis*. Quo ſane ſpectat Ulpiani ſententia (*b*): *Tabulas teſtamenti accipere debemus omnem materiæ figuram* (id eſt ſpeciem). *Sive igitur tabulæ ſint ligneæ, ſive cujuſcumque alterius materiæ, ſive chartæ, ſive membranæ ſint, vel ſi è corio alicujus animalis, tabulæ recte dicentur*. Et Paulus (*c*): *Tabularum autem appellatione chartæ quoque, & membranæ continentur*. Martialis etiam mentionem habet tabellæ membranaceæ; quo perſpicuum fit, ut ſtrata omnia ad ſignandas literas idonea cujuſvis materiæ eſſent, ſive durioris, ſive mollioris, *tabularum*, vel *tabellarum* nomine veteres ſignificarent. Quamquam autem *Codices* ex tabulis ſimul junctis conficerentur, uti & *Volumina*; diſtinguebantur tamen *Codices* a *Voluminibus*, ut arbitratur idem Mazochius (*d*), quoad modum, quo tabulæ variæ digeſtæ erant, atque ordinatæ; nam liber in cylindri modum convolutus *volumen* proprie dicebatur; quum nempe *plagulæ ſive ſchedæ una deinceps poſt aliam in unam ſuperficiem oblongam invicem adglutinatæ, poſtremo in ſcapum convolverentur, ut teres volumen exiſteret*. Codex vero conficiebatur inſtar librorum, quibus hodie utimur; ita ut *paginæ ex una parte in uno communi cardine ſimul junctæ, ex altera ſolutæ, aperiri, ac rurſum plicari poſſent*. Quæ *Codicis*, ac voluminis diffe-

(*a*) Epiſt. ad Eminentiſſimum Quirinum de Dypticho Quiriniano, & Brixiano.

(*b*) L. 1. de bonor. poſſeſ. ſec. tab.

(*c*) Recept. ſenten. lib. 4. tit. 7. §. 6.

(*d*) loc. cit.

differentia luculenter comprobatur ex Paulo (*a*), & Ulpiano (*b*).

II. Perſpecta Codicis ſignificatione tum quoad variam tabularum materiam, tum quoad modum, quo tabulæ ſimul jungerentur, facile *codicillorum* quoque formam intelligimus, qui parvi codices erant. Codices quidem componebantur tabulis grandioribus; codicilli vero brevioribus, atque paucioribus. Itaque tabellæ in codicis modum compactæ, quæ tamen ceratæ erant, ac ſtylo exarabantur, codicilli proprie dicti ſunt; atque hinc Ulpianus (*c*) codicillos *ceratos* nominavit; quemadmodum tabellæ ceratæ, quæ ad pugillum eſſent, ac pugillo tractarentur, *pugillares* appellatæ ſunt. Hujuſmodi autem tabellæ ceratæ, ſive codicilli tum quod deletitiæ erant, tum quod ad ſcriptionis uſum promtiores haberentur tabellis membranaceis, vel papyraceis, quæ & atramenti, aut rubricæ, & calami exigunt miniſterium, adhibebantur idcirco, vel quum quid conſiderate ſcribi oporteret, quod poſtea mundum redderetur ab amanuenſi; vel in re ſubita, ubi charta, & atramentum deeſſet (*d*). Quo ſpectat illud Ciceronis (*e*): *Accubueram hora nona; quum ad te harum exemplum in codicillis exaravi*: ſcripſerat quidem ipſemet prius in

(*a*) Recept. ſent. lib. 3. tit. 6. §. 87. *Libris legatis, chartæ volumina, vel membranæ, & philuræ continentur. Codices quoque debentur: librorum enim appellatione non volumina chartarum, ſed ſcripturæ modus, qui certo fine concluditur, æſtimatur.*

(*b*) L. 52. de legatis 3. *Librorum appellatione continentur omnia volumina, ſive in charta, ſive in membrana ſint, ſive in quavis alia materia. Sed & ſi in philura, & in tilia, (ut nonnulli conficiunt) idem erit dicendum. Quod ſi in codicibus ſit membraneis, vel chartaceis, vel etiam eboreis, vel alterius materiæ, vel in ceratis codicillis, an debeantur legata videamus? Et Cajus Caſſius ſcribit deberi & membranas libris legatis: conſequenter igitur cetera quoque debebuntur.*

(*c*) cit. L. 52. de legatis 3.

(*d*) Aldus Manutius de quæſitis per epiſtolam ad Muretum, & Mazochius loc. cit.

(e) Lib. 9. epiſt. famil. ult.

in codicillis, five in tabellis ceratis illius epiftolæ exemplum, quod mundum deinde de more mifit. Interdum & ipfi codicilli mittebantur; quum præfertim properato opus effet. Ita Sulpicius (a): *Quum non longe a Piræo abeſſem, puer Acidini mihi obviam venit cum codicillis, in quibus erat ſcriptum, paulo ante lucem Marcellum diem ſuum obiiſſe*; in re enim tam fubita, quod de Marcelli morte nuntiaretur, ipfi codicilli miffi funt. Et Cicero (b): *ſimul accepi a Seleuco tuas litteras, STATIM quæſivi e Balbo per codicillos, quid eſſet in lege.* Itaque vel quum fubitanea res urgeret; vel quum commodum magis effet uti tabellis ceratis ad fcriptionem, quicquid his fcribebatur, codicillorum nomine veteres appellabant. Hinc Seneca (c) codicillos quoque vocat eas epiftolas, quæ fiunt inter præfentes; propterea quod tabellis ceratis fcriberentur: *Video te, mi Lucili, quum maxime audio, adeo tecum ſum; ut dubitem, an incipiam non epiſtolas, ſed codicillos tibi ſcribere.* Quare egregie hic fallitur Boehmerus (d), quum voluit, idem prorfus fuiffe apud Latinos epiftolas, ac codicillos; propterea quod promifcue quandoque ufurpaverint vocem vel epiftolarum, vel codicillorum; hoc enim omnino falfum eft; fed quicquid ftylo exarabatur in tabellis ceratis, five epiftolam contineret, five orationes, five poemata, five quid aliud, codicilli æque femper dicebantur, habita ratione non ipfius operis, fed tum materiæ, in qua fcribebatur, tum modi, quo tabellæ fimul jungerentur. Hinc Plinius (e) codicillos quoque appellat

(a) Ex Tullio 4. epift. famil. 12.
(b) 6. Epift. famil. 18.
(c) Epift. 55.
(d) Cap. 1. fuæ difputationis §. 3. & feq.
(e) Lib. 3. epift. 18. *Cepi non mediocrem voluptatem, quod hunc librum cum amicis recitare voluiſſem, non per codicillos, non per libellos; ſed ſi commodum eſſet, & ſi valde vacaret, admoniti .... convenerunt.*

argumenta, vel exemplaria orationis, quæ interdum domi mittebantur auditoribus, vel in ipsis auditoriis distribuerentur(*a*). Nec mirum, quod epistolas veteres quandoque codicillos appellarint; quum enim ipsi codicilli mitterentur, tum epistolarum nomen adsciverant ea de caussa, quod epistola scripta erat in hujusmodi tabellis; at falso inde conficies, aliud non fuisse codicillos, quam epistolas, quasi codicillorum nomen ad epistolas tantummodo referretur; quum contra quicquid scriptum esset in tabellis ceratis, æque codicilli dicebantur. Qua eadem ratione Principum diplomata posterior ætas codicillos quoque appellavit (*b*). Hactenus de latina codicillorum significatione.

III. Jurisconsulti vero codicillorum nomen accommodarunt ei supremæ hominis voluntati, sive is testatus, sive intestatus decedat, cui ad differentiam testamenti juris desint solemnia. Hujusmodi autem voluntas quum principio perscriberetur in tabellis ceratis, tamquam expeditioribus in re subita, potissimum ipsa Testatoris manu, ne ulli pateret, merito codicillorum nomine donata est. Quemadmodum solemnis testamenti tabulas Ulpianus (*c*) Codices appellavit, quod scriberentur in tabulis grandioribus; hinc Juvenalis (*d*).

.... nam Codice sævo
Heredes vetat esse suos . . .

Et quidem in testamentis necessario adhibebantur tabu-

(*a*) Bernardinus Ferrarius lib. 3. de veterum acclamationibus, & plausu cap. 3. *Libelli porro isti, & codicilli aliud nihil erant, ut ego quidem arbitror, quam orationis, aut recitationis habendæ, vel argumenta. vel exemplaria auditoribus domi interdum, interdum in Auditoriis ipsis distributa.*

(*b*) Inst. lib. 1. tit. 12. §. 4. l. 41. de excusationibus &c. & l. 1. C. ut omnes Judices &c.

(c) L. 1 §. 6. de bon. possess. sec. tab.

(*d*) Sat. 10. ver. 236.

bulæ grandiores, quod plurima capita continebant, teſtiumque ſubſcriptiones adeſſe oporteret. At codicilli brevioribus, paucioribuſque conficiebantur tabellis eam nempe ob cauſſam, ut recte arbitratur Hotomanus (a), *ut facile quo cuique commodum eſſet, circumferri, & in ſinu geſtari poſſent*. Juriſconſulti igitur ut diſtinguerent ſolemnem teſtatoris voluntatem a minus ſolemni codicillos hanc dixere plurativo numero, teſteCajo (b), retenta nimirum vocabuli originatione; quamquam & ſingulari numero codicillum interdum legimus uſurpatum majoris demonſtrationis cauſſa (c).

§. I.

Origo Codicillorum.

I. QUæ teſtandi poteſtas apud Romanos populi primum auctoritate comprobata, tum jure XII. tabularum cuique Patrifamilias conceſſa eſt; ea profecto non ſecus jure admittebatur, ac ſi certo, ſolemnique ritu omnino celebraretur: qua de cauſſa ſuprema Teſtatoris judicia *juſtam ſententiam* (d), ſive *juſtam conteſtationem* (e) Juriſconſulti dixere. Et quamquam vel ritu quodammodo commutato, vel nimia Juris ſubtilitate paulatim ſeneſcente Prætoris præſertim beneficio facilior deinde præberetur civibus teſtandi ratio; hæc tamen ad Auguſti ætatem numquam Juris caruit ſolemnibus, ſuamque conſtanter retinuit ſolemnem formam; ne aliter in leges offenderetur. Primus autem Auguſtus inſignem quidem immutationem ab ve-

(a) Inſt. lib. 2. tit. ult. de codicillis.

(b) L. 48. de verb. ſignif. *Hæc enim enunciatio habet liberos, non habet liberos ſemper plurativo numero profertur, ſicut & Pugillares, & Codicilli.*

(c) L. 38. de conditionib. & demonſtr. l. 19. de jure codicillorum, & l. 14. C. de teſtamentis.

(d) L. 1. qui teſtamenta facere poſſunt.

(e) Ulpianus tit. 20. §. 1.

ab veteri observatione invexit in re testamentaria. Etenim eo auctore introduci coepit & jus codicillorum, quod prorsus erat ignotum, atque necessaria fideicommissorum præstatio, quæ prius hæredis tantum pendebat arbitrio. Quæ duo summa capita fuere, ut veteribus regulis quodammodo conturbatis nova veluti hac in re prodiret jurisprudentia, sive spectemus fideicommissorum rationem, quæ vel nuda testatoris voluntate constabant (a); sive codicillorum, qui re quidem ipsa novam testandi formam præbuere. Originem autem codicillorum ita exponit Justinianus (b). Quidam Lentulus in Africa decedens codicillos reliquerat testamento confirmatos, in quibus ab Augusto quid per fideicommissum petiit, itemque a filia cohærede quædam legata reliquit. Placuit autem Augusto Lentuli potius voluntatem sequi, quam legis rigorem; atque agnoscens fideicommissum in codicillis relictum exemplo fuit, ut & Lentuli filia legata quoque præstaret. Tum Prudentibus convocatis in consilium eos adhibuit Augustus, ut cognoscerent, an codicillorum usus admitti posset; quos inter Trebatium fertur, summæ tum auctoritatis eatenus eos adprobasse; *quod diceret utilissimum, & necessarium hoc civibus esse propter magnas & longas peregrinationes; ubi si quis testamentum facere non posset; tamen codicillos posset*. Primum quidem, ut recte putat Hotomanus (c), civibus tantum extra Italiam degentibus permitti coepit hæc nova testandi ratio. Etenim quum iis non facile præberetur sufficientium testium copia, qui cives Romani omnino esse debebant in testamentorum confectione; æquius idcirco existimavit Trebatius, si per codicillos saltem

(a) Ulpianus tit. 25. §. 1. (b) Inst. lib. 2. tit. ult. (c) Inst. loco cit.

tem possent suam declarare voluntatem sine Juris solemnibus. Durum quidem videbatur tot meritissimos cives vel intestatos pati morituros, vel testamento facto ob testium inopiam non valere quid addere, vel immutare in supremo vitæ momento. Haud dissimilem video æquitatis rationem, quum antiquato testamentorum usu in comitiis concederetur tandem jure decemvirali libera cuique testandi facultas, ut magis placuerit. Quum enim sæpe fieret, ut vel morbo correpti, antequam comitia haberentur, intestati decedebant; vel semel in comitiis testati prius mortem obire cogebantur, quam ut novissimam promere possent voluntatem ob comitiorum raritatem; æqua ratio suasit, ut excussa comitiorum necessitate, quo magis vellent, sua conderent testamenta.

II. Verum res parvis fortasse ducta principiis, ut solet, paulatim undequaque propagari coepisse credibile est; atque utcumque principio jus codicillorum civibus tantum præberetur peregrinantibus, vix stetit, quin ad ceteros postmodum cives perduceretur vel in Urbe commorantes. Huc sane spectare existimaverim illa Justiniani verba: *Post quæ tempora quum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur*. Plane ante Labeonis codicillos adhuc vacillabat in Urbe præsertim eorum usus; quum revera caussa non esset, cur recederetur ab juris observatione, ubi non deerat testium copia juxta Trebatii sententiam; ac propterea qui majorum institutis hærebant, non facile eorum introductionem patiebantur. Sed postquam Labeo codicillos scripsisset, tanti Jurisconsulti auctoritas eo valuit, ut illius exemplo nemo amplius auderet de optimo codicillorum jure dubitare.

Is sa-

Is sane fuit Antistius Labeo Trebatij discipulus, atque princeps sectæ Proculianæ; qui non tam perseverabat in ea, quæ sibi tradita fuerant, sed, ut inquit Pomponius, (a) *ingenii qualitate*, *& fiducia doctrinæ plurima innovare instituit*. Quare quemadmodum Augusti exemplum effecerat, ut codicillorum jus introduceretur saltem pro civibus, qui procul ab Urbe vagarent: ita postea summa Labeonis auctoritate cunctis omnino patuit illorum usus, qui proinde versus est in assiduam jurisdictionem.

III. Recepto igitur codicillorum jure apud Romanos opera præsertim Jurisconsultorum, qui & suasionibus, & exemplo illos commendaverant, oportebat eorum quoque sapientia, atque consilio certas præscribi Juris regulas, certamque normam, intra quarum fines regerentur; sive propriam Juris rationem constitui, qua eos ita tuerentur, ut tamen in leges aperte non offenderent, ne novi Juris introductione in re testamentaria vetus læderetur observatio, legesque moribus abrogari viderentur; quod sane Romanorum religio non patiebatur. Hinc manavit quoddam peculiare jus codicillorum ex Jurisconsultorum doctrina potissimum profectum, quodque veluti per manus tradebatur (b), suisque scriptis Jurisconsulti attigerunt; quin Paulus librum singularem conscripsit de jure codicillorum, ut apparet ex quarumdam legum inscriptione, quas Tribonianus retulit in Pandectis (c). Stetit autem diu hoc Jus sub iisdem fere regulis usque ad Constantini Magni ætatem: quum tandem tum testamentorum, tum codicillorum ratio coepit quodammodo variare ab veteri obser-

(a) L. 2. §. 47. de origine Juris.
(b) Vide l. 10. de jure codicillorum.
(c) Vide inscriptionem legis 8. de jure codicillorum.

obſervatione. Et quamquam Tribonianus in Pandectarum collectione plura reliquerit ex veterum Juriſconſultorum ſententiis, licet non integra, ac mutila; quicquid tamen undique colligere licuit, unum in locum hic conferre duximus, ut ita deprehendamus variam codicillorum ætatem, variaſque proinde Juris regulas. Quod, ut ſervato ordine pertractetur, primum eſt, ut videamus ea rerum capita, quæ generaliora ſunt, quibuſque veluti communibus cujuſvis generis codicillis confertur, vel diſtinguitur eorum ratio ab jure teſtamentorum; deinde gradum faciemus ad peculiares codicillorum modos, quibus inter ſe ſe diſcriminantur.

§. I I.

Quæ fuerit Codicillorum norma; ac quemadmodum a teſtamentorum ratione diſtinguatur.

I. PLacuit Græcis Interpretibus deſcribere codicillos tamquam *teſtamenti ſupplementum* (a), *aut correctio* (b); propterea quod teſtatores vel corrigunt, vel ſupplent in codicillis quod in teſtamento caverant, vel omiſerint. Vitioſa quidem eſt hujuſmodi deſcriptio; quum in codicillis ab inteſtato nec corrigatur, nec ſuppleatur teſtamentum. Rectius Cujacius definit (c): *Codicillus eſt teſtati, vel inteſtati voluntas minus ſolemnis*; quicquid

C enim

(a) Theophilus inſt. lib. 2. tit. 25. de codicillis: & in Baſilicorum lib. 36. tit. 1.

(b) Harmenopulus lib. 5. tit. 7. §. 3.

(c) Tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de jure codicillorum.

enim morientibus permittebatur relinquere sine ulla solemnitate, id veteres ad codicillorum naturam referebant, sive testati, sive intestati decessissent. Ne autem hujusmodi non solemnis voluntas cum testamentis confunderetur, Jurisconsulti adscripserunt generaliter omnibus codicillis quasdam communes leges, certosque fines, quos prætergredi non liceret; ut ita distingueretur jus codicillorum a solemnis testamenti ratione (*a*); nam alioqui *si idem*, inquit Costantinus (*b*), *codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset*? Testamenta porro ex lege, codicilli vero ex moribus descenderant; ac proinde fieri non poterat, quin lex læderetur, si quod potissimum testamenti caussam efficit, tribueretur quoque codicillis.

II. Quoniam autem præcipua testamentorum ratio versatur in hereditatis datione, quæ tribus cantummodo verbis explicata, ut monet Ulpianus (*c*), satis est, ut testamentum jure habeatur, non immerito id negatum est codicillis. Tradita ergo est prima Juris regula, Hereditatem nempe codicillis neque dari, neque adimi posse tum in primo, tum ulteriori institutionis gradu (*d*); quum eadem sit caussa dationis, ac ademtionis, tum quoad institutos, tum substitutos (*e*). Addit hic Papinianus alteram rationem, qua hujusmodi datio, & ademtio hereditatis codicillis vetabatur; quæ tamen spectat eos dumtaxat codicillos, qui testamento facto conficiuntur: *ne*, ut inquit

(*a*) Justinianus inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.
(*b*) L. 7. C. de codicillis.
(*c*) L. 1. §. 3. de heredibus instituendis.
(*d*) Inst. loc. cit. l. 76. ad S. C. Trebell. L. 10. de jure codicillorum.
(*e*) L. 27. §. 1. de conditionibus institutionum.

quit (*a*), *per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur*. Pendet hæc Papiniani sententia ab illo Juris principio; quod codicilli ad testamentum facti considerarentur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento caperent, quod tamen latius infra apparebit. Hoc admisso absurdum videbatur Papiniano, permissa hereditatis datione in codicillis testamentum ipsum quasi per codicillos confirmari; quum alioqui testamenta consistant per heredis institutionem (*b*). His consequens est, nec exheredationem codicillis scribi posse (*c*). Etenim *inter cetera*, ut inquit Cajus (*d*), *quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur*, *PRINCIPALE jus est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis*; ac propterea quum in persona liberorum æque cadat vel institutio, vel exheredatio, par idcirco in utraque Juris ratio consideratur. Demum, quod ex eodem fluit principio, nec conditio adjici potest in codicillis institutioni pure datæ in testamento (*e*). Plane conditionis adjectio naturam sequitur dationis, ac ademtionis hereditatis; atque ut eleganter ait Modestinus (*f*), qui conditionem institutioni adjicit, is certe *in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur*; datio enim hereditatis sub conditione necessario ademtionem quoque continere videtur. Hæc quidem in codicillis Paganorum; Militibus vero, quibus extra Juris regulas concessum est testari, quomodo magis

 ve-

(*a*) cit. L. 10. de jure codicill.]
(*b*) Vide Cujacium lib. 15. quæstionum Papiniani ad cit. l. 10. de jure codicill.
(*c*) Inst. loco cit.
(*d*) L. 30. de liberis, & postumis &c.
(*e*) L. 6. de jure codicill.
(*f*) L. 27. §. 1. de conditionibus instit.

velint, ac possint (a), quicquid ceteris permittitur dumtaxat in testamento solemni, id placuit omnino remitti; ita ut milites recte dare, vel adimere possint hereditatem tum in testamentis, tum in codicillis (b).

III. Verum quod hactenus ex Juris Civilis rigore codicillis veteres negarunt, ne testamentorum leges subverterentur, admissa tamen Augusti quoque auctoritate necessaria fideicommissorum præstatione, quæ antea sola heredis fide constabant, factum est propterea, ut quod codicillis una via vetabatur, altera concederetur. Ac sane quum fideicommissa non ex legibus, sed ex moribus quoque profecta, rigorem idcirco Juris Civilis non sequerentur; satius putarunt Jurisconsulti, si quod Juris rigori repugnaret, in fideicommissi caussam conversum admitterent: & ita, ut principio innuimus, res testamentaria partim codicillorum introductione, partim obducta benigna fideicommissorum ratione non parum declinavit Augusti ætate a veteris Juris observatione sine expressa legum offensione. Hinc constituta summa discriminis caussa inter ea, quæ verbis directis, sive civilibus relinquerentur, ac precativis, sive fideicommissariis; quæ datio, & ademtio hereditatis verbis civilibus concepta jure codicillis negabatur, eadem permissa est verbis precativis relicta, sive per fideicommissum: ideoque ita rescripsit Imperator Philippus (c): *Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse manifestum est. Verbis tamen precariis per hujusmodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam*

(a) L. 24. & 40. de testamento militis.

(b) L. 36. eodem.

(c) L. 2. C. de codicillis.

gatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueras consequuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. Neque hoc invadere testamentorum leges videbatur: quum enim fideicommissa haberentur tamquam extra Juris Civilis rigorem, nec hereditatis datio Jure Civili permittebatur, nisi verbis civilibus ac imperativis; modum quidem excogitarunt, quo legibus, moribusque una servirent. Qui ergo lege testari vellet, is profecto cogebatur imperativo modo hereditatem dare, vel adimere in solemni testamento; qui vero moribus, satis erat precative eam relinquere vel in codicillis; ut ita, dum mores sequerentur, in legem non offenderent. Et quamquam diversa formularum conceptione idem prorsus videretur codicillis negari, atque permitti: hoc nihilominus intererat, ut quarta detraheretur in fideicommissaria hereditate, non autem in directa; idcirco ait Julianus(*a*): *Hereditas testamento inutiliter data, non potest codicillis quasi hereditas confirmari: sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiæ*. Suavis autem est Boehmerus(*b*), quum ideo credit in codicillis admissam hereditatis dationem per fideicommissum, non item directam; quod codicilli epistolarum more conficerentur. Qui autem epistolas scribit, rogat, non præcipit; indeque natum arbitratur, ut non nisi per fideicommissum hereditates codicillis relinquerentur; quia revera hi conciperentur epistolarum more magis precativo, quam imperativo. Quid putidius tanto viro excidere poterat? Quid quæso Juris ratio cum epistolis commune habet? An Rhetores, epistolasque scribendi præceptores Romano umquam Juri præ-

(*a*) L. 2, §. ult. de jure codicillorum. (*b*) Cap. 1. suæ disp. §. 11.



præfuerint ? Falſo quidem arbitratur , ut vidimus , quum unam fecit codicillorum, ac epiſtolarum rationem ; ſed turpiter decipitur , quum cauſſam fideicommiſſariæ hereditatis in codicillis agnoſcit ab epiſtolarum forma . Legata quidem directis verbis concipiebantur , eaque codicillis relicta jure conſtabant ; cur ergo valerent codicilli in legatorum datione verbis imperativis concepti ? Quonam pacto legata cum epiſtolarum more convenient ? An legare idem fuerit, ac precari ? Sed hæc latius infra.

IV. Altera Juris regula, qua codicillorum ratio a teſtamentis diſtinguitur , ita ſe habet : Jus Civile non patitur quem decedere pluribus teſtamentis relictis , licet plura exempla, ſive codices unius teſtamenti recte ſcribantur (*a*): prius enim teſtamentum rumpitur per poſterius (*b*) ; ita ut noviſſimum priora ſubvertat. Quicquid autem Heineccio (*c*) placuerit , id nimirum proceſſiſſe ex teſtamentorum origine, quæ in comitiis legis modo juberentur, ac proinde ut noviſſima lex priores abrogat , ita ultimum teſtamentum rumpit anteriora , quod è re alienum putaverim ; ſolidam ſane hoc habet Juris rationem . Etenim teſtamentum univerſam complectitur ſucceſſionem , quæ una idcirco eſſe poteſt ; ac propterea idem eſſet decedere pluribus teſtamentis, ac pluribus ſucceſſionibus , ut nil mirum, ſi in militibus tantummodo plura teſtamenta admittantur (*d*) ; quippe quibus conceſſum eſt , quoque decedere partim teſtatos , partim inteſtatos : quo fit , ut conditis pluribus teſtamentis , noviſſimum attendatur , tamquam ſuprema homi-

(*a*) l. 24. qui teſtamenta facere poſſunt.

(*b*) l. 1. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.

(*c*) in notis ad Vinnium inſt. lib. 2. tit. 17. §. 2.

(*d*) l. 19. de teſtamento militis.

hominis voluntas. Contra vero quum codicilli haud exhibeant universum Jus defuncti, sed aliquam ejus partem; placuit idcirco ad testamenti differentiam, quem pluribus codicillis decedere posse (*a*), omnesque rati habebuntur, nec prius rumpitur per posterius, nisi per posteriores quid immutari placuerit, vel priores revocentur, quum nova voluntate priori derogetur (*b*).

V. Demum testamentum actu solemni perficitur, sive Jus Civile, sive Prætorium spectes, neque sine Juris solemnibus consistere potest, præter quam in militibus: codicilli vero, ut ait Tribonianus (*c*), *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, atque, ut scripsit Marcianus (*d*), *Testatoris manu neque scribi, neque signari necesse est*; quia nullæ in illis formulæ adhibebantur, nulla certa verba, nullus ordo, nullus libripens, nullus emtor familiæ (*e*). Codicilli igitur actus solemnis non erant, tum quod non ex lege descenderant, qua Juris solemnia constituta sunt supremis voluntatibus, sed moribus tantum recepti, magistratuumque Jurisdictione, tum quia inspecta illorum origine non alia de caussa principio permitti cœpit civibus peregrinantibus eorum usus: nisi ut, quum ob testium inopiam ordinare solemnem voluntatem non valerent, codicillos saltem conficerent non solemnes; quod postmodum ad ceteros cives generaliter perductum Labeonis auctoritate, atque exemplo, permansit quidem eadem codicillorum forma, qua principio conficiebantur. Ceterum quod Jurisconsultorum ma-

---

(*a*) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(*b*) Vide Connanum in comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 6.

(*c*) Inst. lib. 2. tit. ult. §. ult.

(*d*) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(*e*) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de jure codicillorum.

magis consilio in mores vertebatur, nulla actus solemnitas adjici poterat; quum actus solemnes, sive legitimi præscribebantur legum auctoritate (a). Scio, hic Tribonianum accusari, quod ea verba in institutionibus transcripta (b): *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, haud congruant cum nova Imperatoris constitutione, qua præscribitur in codicillis solemnis quinque testium numerus. Sed opportunius hoc videbimus capite sequenti, quum agemus de novo jure codicillorum.

§. III.

An veteres in codicillis testium præsentiam admiserint?

I. QUamquam codicilli jure veteri nullam exigerent solemnitatem, exoritur hic tamen non levis dubitatio, an nulla prorsus testium adhibitione scriberentur? Plane non intelligimus solemnem illum testium numerum, qui non nisi lege statui potest, sed qui certam faceret eorum fidem, præsertim quum de supremis agatur, quæ fraudibus potissimum patent. In testamentis quidem legitimus testium numerus solemniter adhibitus tutiorem reddit voluntatis probationem: in codicillis vero etsi veteres solemnitatem actus neglexerint; quæri tamen potest, an saltem quoad voluntatis probationem testium fidem desiderarint. Celebriores quidem Juris interpretes, ut Cujacius, aliique Iuris doctrina Cujacio proximiores, vel quæstionem prorsus non attingunt, vel quantum ex il-

lo-

(a) Vide Cujacium in l. actus legitimi de regulis juris.
(b) Inst. lib. 2. tit. 25. §. 3.

lorum fcriptis colligere licet, numquam in dubi um id revocarunt: quum pro certo habuerint, teftes faltem probationis cauffa adhibitos effe in codicillis (*a*). Giphanius (*b*) primus, ni fallor, huic dubitationi occurrit, diftinguens codicillos proprie dictos ab iis, qui epiftolarum more conciperentur: illis quidem arbitratur, talem teftium numerum, qui hodie adhibetur, neceffarium non fuiffe: in his credidit nullos fortaffe teftes adfuiffe, ea nempe ductus ratione, quod epiftolæ fcribi non folent, nifi remotis omnibus arbitris, quod etiam placuit Everardo Ot toni (*c*). Boehmerus autem (*d*), quum prius longo fatis fermone contenderit, nihil aliud revera fuiffe apud veteres codicillos, quam epiftolas, primum quid em fcriptas ad heredes tantum, deinde vel ad Le gatarios, facile fibi perfuafit nullos omnino teftes defideraffe; quod probare conatur, tum ex illorum origine, tum quod in libris Juris nulla unquam teftium fiat mentio in codicillis, tum demum quarumdam legum argumentis. Boehmero fubfcripfit Heineccius (*e*), qui nec dubitavit eafdem Boehmeri rationes adoptare. Præftat hic primum aliorum fententiam perpendere; ut deinde quid fenferim, dicam libenter.

II. Ne autem perturbata quæftio pertractetur, principio diftinguere oportet folemnem teftium numerum ab ea teftium præfentia, quæ admittitur probationis tantum cauffa; & quoniam codicilli folemnes non fiebant, neceffario confequitur, nec folemnem teftium numerum exegiffe, quod

D ne-

(*a*) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum loco cit. Connanum comment. juris civilis libr 9. cap. 6. n. 1. Antonium Fabrum de erroribus Pragmat. decade 69. errore 9.

(*b*) in Codice ad §. ult. l. ult. C. de codicillis.

(*c*) Inft. lib. 2. tit. ult.

(*d*) cap. 1. §. 19. & feq.

(*e*) Antiquit. Rom. ad inft. *l.* 2. tit. ult.

nemo sanus negaverit; ut mirum sit, ipsum Boehmerum nec sibimet consentire, quum codicillos interdum appellaverit *solemnes epistolas* (a). Plane quidnam intellexerit per solemnem epistolam, non video; nisi ut distingueret usitatas epistolas a codicillis, qui ad epistolæ modum scribebantur. Dubitatio ergo eo tantum vertit, an veteres testes admiserint in codicillis probationis caussa, ut ita fraudibus quodammodo occurreretur. Et quid.m quod primum Boehmerus profert ex origine codicillorum, ad rem non pertinet. Etenim etsi civibus extra Italiam degentibus ideo permissus est codicillorum usus, quod non facile iis præberetur civium Romanorum testimonium, qui testamento adessent; non recte tamen conficit, nullos proinde testes codicillis adhibitos; sed id tantum, quod æqua ratio suaserit vel sine civium Romanorum præsentia conscribere codicillos debuisse: quibus tamen utpote non solemnibus, nec lege comprobatis, haud interdicebatur peregrinis testimonium suum perhibere probationis tantum caussa; quippe qui idonei testes habebantur præter quam in actibus potissimum legitimis, ac propterea ex civium Romanorum inopia conjectura duci nequit, testes omnino non adfuisse.

III. Perperam deinde arbitratur, codicillos aliud non fuisse quam epistolas, eaque de caussa Jurisconsultos plerumque ita eos nominasse in libris Juris. Etenim quos codicillos propria epistolarum significatione dixerint veteres, infra ostendemus, quum sermonem instituerimus de peculiaribus codicillorum modis. Deinde quod Jurisconsul-

(a) cap. 1. §. 24.

fulti codicillos quandoque expresserint epistolarum nomine, falso conjicit, tamquam epistolas considerari debere. Et quidem quicquid concipi soleret cum salutis præfatione, epistolam veteres nominabant; quo fit, ut cautiones & chirographa, quæ potissimum epistolarum more scribebantur, epistolas quoque appellarint, ut tot prostant exempla in libris Juris (*a*). At quis umquam contenderit, hujusmodi cautiones aliud non fuisse quam epistolas, vel quod testes iis non adhiberentur, propterea quod scriberentur cum salutis præfatione ad modum epistolarum? Non enim modus, quo scribitur, sed negotii genus scripturam distinguit: Cautiones quidem, quibus salutatio præmittebatur, si epistolas dixeris, non prohiberis; at male inde conficies, eas proinde existimari debere tamquam epistolas familiares, quod nil Jurisconsulto indignius. Præterea perspicuum est vel in ipsis testamenti tabulis solere testatores salutationem præmittere, præsertim quum amicissimis suis, vel propinquis quid legarent, aut fideicommitterent; ut præ ceteris ex Modestino liquet (*b*): Numquid Boehmerus testamenta quoque aliud non fuisse crediderit, quam epistolas? vel quod testes in hujusmodi testamenti scriptura non adfuerint? Haud negaverim, epistolas quidem familiares scribi solere remotis omnibus arbitris, ut inquit Giphanius

(*a*) l. 26. §. 2. depositi, l. 34. de pigneratitia actione. l. 12. §. 12. mandati l. 5. §. 3. l. 26. & l. ult. de pecunia constituta.

(*b*) l. 34. §. 1. de legatis 2. *Lucius Titius in testamento suo ita cavit: Octaviana Stratonicæ dulcissimæ filiæ salutem: Volo eam a se ipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus. Octaviano Alexandro dulcissimo filio meo salutem; Præcipuum volo eum accipere sytbesin sterilium villarum cum impositionibus suis. Et §. 6. Lucius Titius relictis duobus filiis suis heredibus diversi sexus institutis* (sermo est de testamento; quum heredes instituerit) *addidit caput generale* .... *deinde subjecit in præceptione relinquenda filiæ suæ hæc verba: Paulina filia mea dulcissima; si quid me vivo dedi comparavi, sibi habere jubeo.*

nius: quum nulla contentio oriri possit de illarum fide; neque in quæstionem adducuntur: at aliter res se habet in iis scripturis, quibus continetur suprema voluntas, vel mutua hominum obligatio, quæve ratæ haberi nequeunt in judicio; nisi de earum fide constiterit legitimis probationibus: ac proinde nil refert, an cum salutis præfatione scribantur, nec ne; non enim epistola, sed quod in ea comprehenditur, necessariam facit testium præsentiam, quemadmodum cautiones etsi epistolarum more conficerentur: ideo tamen testes desiderabant, ut scripturæ fides constaret.

IV. Quod autem addit Boehmerus, nimirum in libris Juris nullam haberi mentionem testium in codicillis, id primum verum omnino non est, ut mox ostendemus: deinde animadvertere debuerat, Jurisconsultos tum in responsis suis, tum in libris, quos conscripserunt, numquam attigisse quæstiones, quæ in facto prorsus consisterent, sed Juris dumtaxat; nisi quando Juris definitio ex facti circumstantiis necessario proficisceretur, vel ex præcipua verborum prolatione penderet, ut accidit in quæstionibus testamentariis. Quoniam autem scripturæ fides ad factum omnino pertinet, non item ad Jus; idcirco non Jurisconsultorum, sed Judicis erat cognoscere, num legitimis probationibus constitisset. Itaque quum codicilli non erant solemnes; nec proinde solemnem testium numerum requirerent, ut testamenta; nil caussæ est, cur Jurisconsulti speciatim agerent de fide codicillorum, vel testium præsentiam quandoque meminissent; hoc enim generatim attigerunt, quum pertractaverint materiam de fide instrumentorum, de probationibus, & præsumtionibus, atque de testibus.

bus. Contra in teſtamentis ideo ſæpiſſime mentionem habuerunt de teſtium adhibitione; quod ad Juris rationem hoc pertineat, ſive ad eam Iuris obſervationem, quæ legibus præſcripta eſt, quæque non tam in facto, quam in Iure conſiſtit. Demum legum-argumenta, quibus Boehmerus utitur, ut teſtium præſentiam negaret in codicillis, vel prorſus extranea ſunt, vel ſibimet contraria; at ne longius a propoſito aberremus, dum noſtram aperiemus ſententiam, afferemus quoque eas legum auctoritates, quibus utitur Boehmerus ad ejus tuendam ſententiam; ſed ita tamen, ut quod alienum eſſe putaverim, referatur in adnotationibus, quas atteximus ejus diſputationi.

V. Ex hactenus expoſitis quum in comperto ſit, quam falſis argumentationibus laborarint, qui nullos teſtes agnoſcunt in codicillis apud veteres; prope eſt, ut in re tam obſcura proferamus quicquid ex veterum ſcriptis excogitare licuit, quo Boehmeri quoque ſententia apertius convellatur. Et quoniam, ut ex Marciano (*a*) intelleximus, codicilli ſcribi, atque ſignari poterant, vel propria teſtatoris, vel aliena manu; præſtat, ut primum videamus, qua legitima probatione uterentur in illis, qui aliena manu ſcribebantur, ut rectius conjectare poſſimus in propria teſtatoris manu exaratis. Inſignis exſtat Scævolæ locus, quo manifeſtiſſime apparet, nedum teſtes adfuiſſe codicillis aliena manu conſcriptis; ſed & eorum ſignis comprobatos. Ita Scævola inquit (*b*): *Propoſitum eſt, non habentem liberos, nec cognatos in diſcrimine vitæ conſtitutum per infirmitatem ARCESSITIS AMICIS Cajo Sejo contubernali*

(*a*) cit. l. 6. §. 1. de jure codicill. (*b*) l. 39. §. 1. de legat. 3.

nali dixisse, quod vellet ei relinquere prædia, quæ nominasset; eaque dicta IN TESTATIONEM Cajum Sejum redegisse: etiam ipso Testatore interrogato, an ea dixisset, & responso ejus tali μαλιστα, id est maxime, inserto; quæsitum est, an prædia, quæ destinata essent, ex caussa fideicommissi ad Cajum Sejum pertinerent? Respondit, super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valeat. Palam est, hic agi de codicillis ab intestato factis, non autem de testamento, ut cuique patet, quibus Testator coram amicis consulto arcessitis voce declaraverat, se relinquere velle prædia, quæ nominasset, Cajo Sejo contubernali suo: Cajus Sejus deinde scripsit Testatoris voluntatem, quam *in testationem* quoque redegit. Dubitabatur, an fideicommissum (qui enim ab intestato codicillos relinquit, fideicommittere intelligitur, ut infra ostendemus) valeret, ea nempe de caussa, quod in hac specie Testator videbatur fortasse loquutum esse non animo deliberato; quum dixerat, *se velle relinquere prædia*, non autem *se relinquere*. Scævola respondit, nec dubitari posse, quin valeret; præsertim quod postquam Cajus Sejus prædia scripsisset, interrogato Testatore, an ea prædia essent, affirmando responderat, ejusque affirmationem codicillis adjecit. Duo notanda sunt, quæ ad rem nostram pertinent: unum, quod controverti nequit, amicos nempe codicillis adfuisse, veluti testes hujusmodi supremæ voluntatis; ut falso asseveraverit Boehmerus, nullibi in Juris libris legi, quod testes adhibiti fuerint in codicillis; quum diserte contrarium ex hoc loco appareat. Alterum, quod codicilli in testationem redacti fuerint. At quidnam est *in testationem redigere?* Veteres quidem ad scripturæ probationem adhibitis testibus tabu-

bulas obsignabant, quam scripturam ita confectam *testationem* dixere, eaque utebantur ad rei gestæ fidem faciendam in judicio. Ita Cicero (a): *Ejus rei, conditionisque tabellas obsignarunt viri boni complures: res in dubium venire non potest.* Et alibi (b): *Ipse in tabulis refert, obsignat signis amicorum providens homo, ut contra hoc crimen (si quando opus esset) hac videlicet testificatione uteretur.* Modum autem, quo testationes fiebant, explicat Paulus, dum refert Senatusconsultum; quo cautum, ne scripturæ publici, vel privati contractus in judicio prolatæ aliter valerent, quam si in testationes redigerentur (c): *Amplissimus ordo, decrevit*, inquit, *eas tabulas, quæ publici, vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur, atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent.* Hinc Venulejus scripsit (d): *Curent Magistratus cujusque loci testari volentibus* (testari hic non significat supremam edere voluntatem, sed tabulas conficere de quovis negotio (e) *& seipsos, & alios testes, vel signatores præbere, quo facilius negotia explicentur, ut probatio rei salva sit.* Conficiebantur quidem hujusmodi testationes non a personis publicis, ut hodie fit, sed a privatis hominibus, qui *signatores* appellabantur; hinc Juvenalis (f).

..... *veniet cum signatoribus auspex.*

Et quamquam testificationes scriptis habitæ *testationes* potissi-

(a) in oratione pro Quinctio.
(b) actione 7. in Verrem.
(c) recept. sent. lib. 5. tit. 25. ad legem Corneliam testamentariam §. 6.
(d) l. 22. de testibus.
(e) Vide Duarenum lib. primo disput. anniversf. cap. 30
(f) Sat. 10.

ſimum dicerentur. Juriſconſulti tamen eas acceperunt pro quavis teſtificatione etiam ſcriptis non tradita, quod apertæ Cajus tradit his verbis (*a*): *Fiunt enim de his ſcripturæ, ut quod actum eſt, facilius probari poſſit; & ſine his autem valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem, ſicut & nuptiæ ſunt, licet teſtatio ſine ſcriptis habita eſt*, ut nihil cauſſæ ſit, cur Schultingius (*b*) Salmaſio iraſcatur, dum is teſtationis vocem refert etiam ad teſtificationes cujuſvis rei geſtæ, quæ ſcriptis non fuerit conſignata, licet prius contra ſenſiſſet (*c*). Ceterum in libris Juris paſſim mentio fit hujuſmodi teſtationum, quæ adhibebantur, ut ejus, quod actum eſſet, ſalva haberetur probatio (*d*).

VI. Ut ergo ad Scævolæ ſpeciem redeamus, Cajus Sejus voluntatem teſtatoris ſcriptis tradidit, eamque redegit *in teſtationem*, ut ex Scævolæ verbis apparet; at quum ex jam dictis ſatis conſtet, per teſtationes venire quicquid geſtum eſſet teſtium adhibitione, atque ubi teſtificatio ſcripto traderetur, iiſdem teſtium ſignis obſignari oportebat, ne fraudibus falſariorum ſubverteretur: plane neſciverim, quid manifeſtius aſſerri poſſit, ut fateamur, nedum teſtes revera adfuiſſe in codicillis, ſed obſignari quoque neceſſario debuiſſe, ſi non teſtatoris, eorumdem ſaltem teſtium ſignis, ut eorum ſalva eſſet probatio. Et quidem quis umquam ſibi perſuaſerit, tabulas tum publici, tum privati contractus ex relato S. C., quod ab Ne-

(*a*) l. 4. de fid. inſtrum.

(*b*) Moſaicar. & Rom. leg. col. tit. 8. §. 7. nota 12.

(*c*) Salmaſius ad jus Attic. & Rom. cap. 20.

(*d*) Vide l. 7. de ſponſalibus, l. 22. ex quibus cauſſis majores &c. l. 2. de nautico fœnore, l. 3. de concubinis, l. 14. §. 6. de cuſtodia, & exhibitione reorum, l. 25. ad L. Juliam de adulteriis, l. 9. §. 5. de pœnis, & l. penult. de donationibus inter virum, & uxorem.

Neronis usque tempore repetunt eruditi (a), nullius momenti habitas, nisi certa forma in testationem redigerentur; diserte enim inquit Paulus: *aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent*; codicillorum vero fides, in quibus agitur de suprema voluntate falsariis potissimum obnoxia, consistere potuerit sine legitima testium præsentia? In militibus profecto, quorum supremis peculiari privilegio concessum est, ut vel nuda voluntas rata haberetur, numquam tamen constabat, nisi ea ostenderetur legitimis probationibus; hinc Paulus ait (b): *militibus quoquo modo velint, & quomodo possunt, testamentum facere concessum est; ita tamen, ut hoc ita subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur*. Quid autem ineptius, quam exquirere legitimas probationes in militari voluntate, eas tamen negligere in Pagani codicillis? Vel quid magis absonum, quam ob salutationem, quam plerumque veteres præmittebant in codicillorum confectione, uti & solebant in quibusdam testamenti capitibus, negare idcirco necessariam testium adhibitionem in ea suprema voluntate, quæ codicillis comprehenditur?

VII. Sed videamus modo, quid dicendum sit de iis codicillis, qui non aliena, sed ipsius Testatoris manu conscriberentur. Et quamquam pari ratione statuendum videtur, testes quoque hujusmodi codicillos desiderasse, quum hi æque fraudibus subjecerint, non secus ac ceteri aliena manu exarati; prostat tamen alter Scævolæ locus de quadam epistola a testatore conscripta, quo magis hoc valeat illustrari; utcumque Boehmerus crediderit eam-

 dem

(a) Cujacius in notis ad cit. Pauli locum recept. sent. lib. 5. tit. 25. §. 6.
(b) l. 40. de testamento militis.

dem Scævolæ ſpeciem urgeri poſſe ad ejus ſententiam comprobandam. *Teſtamento*, inquit Conſultus (*a*) *filium, & uxorem ſuam heredes inſtituit, poſtea epiſtolam ſcripſiſſe dicitur, qua quicquid in peculio habuit filius, ei donavit, & adjecit; præcipua hæc eum ſuique juris, & poſt mortem ſuam habere velle. Quæro, quum teſtamento ſignificaverit, ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice codicillorum valeret; epiſtola autem non ſit obſignata, an quæ epiſtola continentur ad filium pertineant? Reſpondi, ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi quæ in ea dare ſe velle ſignificavit*. Facilis eſt quidem hujus reſponſi intelligentia, cujus rationem jam diſcimus ex Marciano, qui idem prorſus proponit; quum ait, valere codicillos, etſi manu teſtatoris nec ſcribantur, nec ſignentur: quin (*b*) *licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo ſignati, neque manu ejus ſcripti fuerint*; additque rationem: *nam ea, quæ poſtea geruntur prioribus derogant*. Dixerat ergo teſtator in relata Scævolæ ſpecie in teſtamento, ſe valere velle vice codicillorum, quod *A SE* obſignatum reliquiſſet, ut recte hic animadvertit Cuiacius (*c*); epiſtolam autem non obſignaverat: dubitabatur, an quod epiſtola contineretur, ſervari deberet; licet Teſtator eam non obſignaſſet, uti teſtamento ſignificaverat? Reſpondit Conſultus, relicta in hujuſmodi epiſtola deberi, dummodo de illius fide conſtaret. Etenim potentius eſt, ut ait Cujacius, quod quis poſt teſtamentum factum geſſit, quam quod

(*a*) l. ult. de legatis 2.
(*b*) l. 6. §. 2. de jure codicillorum.
(*c*) lib. 4. reſponſ. Scævolæ ad cit. l. ultimam de legatis 2.

quod teſtamento cavit; maxime, ſi quod in ſupremis voluit, valde ſe id voluiſſe oſtenderit, ut ex illis epiſtolæ verbis apparet: *præcipua hæc eum, ſuique juris, & poſt mortem ſuam habere velle*, quæ ſane enixam Teſtatoris voluntatem demonſtrant.

VIII. At quid eſt, quod Scævola de epiſtolæ jure interrogatus reſpondit, deberi quidem prælegatum, adjecta tamen conditione, *ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret*? Reſpondet Boehmerus (*a*): quum teſtes codicillis minime adhiberentur, recte epiſtolæ fides in dubium revocari poterat, ac proinde eatenus prælegatum deberi reſpondit, ut de ejus fide conſtitiſſet. Sed quærerem hic a Boehmero, quonam pacto aliunde probari poterat ſcripturæ fides, ſi teſtes non adfuerant? Perſpicuum eſt in jure, non aliter ſcripturæ veritatem probari poſſe, quam aliorum teſtimonio (*b*): ſi ergo teſtes non aderant, nec proinde horum teſtimonio poterat ſcripturæ fides comprobari, quorſum Scævola inquit: *ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret*? Inquiet fortaſſe Boehmerus, id expleri potuiſſe comprobatione manus Teſtatoris, aliiſque præſumtionibus aliunde petitis; Fabulæ. Primum quidem nulla major incerta probatio, quam comprobatio manus in ſcriptionibus potiſſimum, quæ exararentur in tabellis ceratis, quibuſque facillime ſcripturam imitamur. Nec veteres, quod ſciam, hujuſmodi probatione utebantur; quum nullum ejus veſtigium appareat, niſi in eo caſu, quo quis agnoverit manum ſuam; tumque non tam fit litterarum comparatio, quam ipſemet, qui ſcripſit, proprium ejus Chirogra-

 phum

(*a*) cap. 1. ſuæ diſput. §. 21.
(*b*) Paulus ſent. recept. tit. 15. §. 4. ibique Cujacius, & Scultingius in notis.

phum agnoſcit. At in tabulis defunctorum, quæ umquam ſcripturæ fides haberi poterit ex hujuſmodi literarum comparatione; quæque non niſi probabilem faciet conjecturam? Juſtinianus porro ut occurreret fallaciſſimis literarum comparationibus, ſtatuit, eas non aliter permitti, niſi una adfuerint trium teſtium ſubſcriptiones (*a*).

IX. Deinde jam intelleximus ex Paulo (*b*), quemadmodum ex S. C. tabularum fides admitteretur, teſtium nempe adhibitione, eorumque ſignis. Et quamvis Conſultus hoc loco tantum loquatur de tabulis publici, privatique contractus; ut tamen hic recte animadvertit Schultingius (*c*), alibi fortaſſe Paulus idem monuerit quoad tabulas ſupremæ voluntatis, quæ ſane facilius adulterantur. Plane Suetonius, qui ſub Nerone hanc tabularum obſignationem inductam refert, haud de contractibus loquitur, ſed de tabulis generatim: *Adverſus falſarios*, inquit (*d*), *tunc primum repertum, ne tabulæ niſi pertuſæ, ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur*. Conſtat autem Neronis ætate jam codicillorum uſum invaluiſſe; ut prorſus non videam, cur Senatuſconſultum ad codicillorum quoque tabulas perduci non debuerit. Etenim nemo ignorat, legem Corneliam de falſis primum latam de teſtamenti tabulis, indeque productam ad reliqua inſtrumenta (*e*), itemque ad codicillos (*f*), qui poſtea introduci coeperunt. Quare quum ex Juris hiſtoria manifeſte appareat, nil magis antiquius Romanis fuiſſe, quam ut falſariorum fraudibus

oc-

(*a*) l. 20. C. de fide inſtrumentorum.
(*b*) recept. ſent. lib. 5. tit. 25. §. 6.
(*c*) in notis ad cit. Pauli ſententiam nota 44.
(*d*) in Neronem cap. 17.
(*e*) Vide Moſai. & Rom. leg collat. tit. 8. §. 7. ibique Interpretes.
(*f*) l. p. §. ult. de lege Cornelia de falſis.

occurrerent,potiſſimum in ſupremis voluntatibus,quis umquam crediderit, conſuluiſſe quidem contractuum tabulis, non item codicillorum? Quod ergo Boehmerus profert ex Scævola,ut teſtes excluderet a codicillis, nedum refragatur eidem Conſulti ſententiæ,ſed nullo pacto conſentire poteſt cum Juris hiſtoria.

X. Sed quid revera ſibi voluit Scævola, quum prælegatum deberi reſpondit, ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret? Dicam, quid ſentiam. Neminem vel mediocriter in Juris libris verſatum latet, Juriſconſultorum munus in reſpondendo ſpectaſſe quidem quæſtiones Juris, non facti. Quod ubi dubitatio factum reſpiceret, acute Duarenus (a) animadvertit in Scævola quemdam reſpondendi morem huic Juriſconſulto familiarem; nimirum vel ita reſpondebat: *de jure non quæri*, aut quid ſimile; vel ſi quæſtio facti magis eſſet, quam Juris, tum reſponſum quidem de Jure dabat adjecta tamen conditione, quæ factum, quod erat incertum, reſpiceret. Pluribus exemplis hoc demonſtravit Duarenus (b), quibus & hunc noſtrum addere poſſumus, quum conditione adjecta de epiſtolæ fide prælegatum deberi ait. Ac ſane Scævolam interrogaverant de juris quæſtione; an nempe valeret prælegatum in epiſtola relictum, quam tamen Teſtator non obſignaverat contra ejus voluntatem in teſtamento expreſſam, qua ſe valere velle juſſerat vice codicillorum, quod obſignatum relinqueret. Scævola quidem huic interrogationi reſpondens, valere inquit; attamen quum ex facti narratione, quam propoſuerant, incer-

(a) in Scævola.

(b) Vide l. 93. §. collegio de legatis 3. l. 7. & 20. de inſtrumento legato l. 29. de probationibus, l. 29. §. Titius de pactis dotalibus, l. 109. de condit. & demonſtr.

certum videbatur, an epistola etsi a Testatore non obsignata constaret legitimis probationibus, recte putavit in dubium relinquere epistolæ fidem; ne alias crederent prælegatum deberi, utcumque epistola se habuerit. Etenim licet non exigerent codicilli Testatoris signum, adesse saltem debuerant & testes, & eorum signa, ut salva esset illorum fides; cumque hoc Scævola ignoraret; ne Juris quæstione facti cognitio involveretur de tabularum ingenuitate, noluit idcirco Consultus Juris tantum definitionem attingere; atque dum statuit epistolam valere quantum ad prælegati rationem, conditionem adjecit quantum ad incertam ejusdem epistolæ fidem; ut non secus locus esset præstationi prælegati, quam si scripturæ veritas legitimis constaret probationibus, quasi diceret, notionem facti magis esse, quam Juris. Quænam autem esse poterat legitima tabularum probatio, nisi testium præsentia, earumque obsignatio, ut moris erat in ceteris tabulis? Enim vero utcumque Marcianus (a) affirmaverit, valere nempe codicillos neque scriptos, neque signatos *a Testatore*; numqam tamen negavit eorum obsignationem; quum id aperte retulerit ad *testatoris* personam dumtaxat, ideoque ait: *IPSIUS MANU neque scribi, neque SIGNARI necesse est*. Fatetur quidem necessarium non esse Testatoris signum, quum ad testamenti differentiam nullam exigant solemnitatem; ac proinde haud intererat, an proprio Testatoris signo confirmarentur, an alieno; at non recte inde conficitur, quod constiterint vel nusquam obsignati; quin dum Consultus hoc negat quantum ad signum te-

(a) cit. l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

testatoris , idem admittere videtur quoad signa aliena . Quod non obscure etiam comprobatur ex iis , quæ statim addit : *Licet in confirmatione paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, & subscriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque AB EO signati, neque MANU EJUS scripti fuerint*; nam si valerent nullo modo obsignati, cur addidit illud *ab eo* ? Egit hic sane Marcianus de solemni ritu in codicillis non necessario ; ac propterea nil hoc loco opportunius , quam , si revera constare poterant sine obsignatione , affirmare , non modo eos scribi non oportere manu Testatoris , sed nec omnino obsignari; attamen id tantum significavit , ut necesse non sit *ab eo* signari , nempe a Testatore . Diversa ergo sunt , opus non esse signo testatoris , ac obsignationem prorsus non requirere , quod nedum Marcianus non negavit , sed pro certo habuisse videtur . Igitur , ut ad Scævolam redeamus, quum in facto non constaret , an epistola licet a testatore non obsignata , aliorum saltem signis comprobaretur , qui tamen scripturæ facerent fidem ; merito se retulit ad epistolæ probationem. Itaque ex relatis Pandectarum locis cum Juris historia commissis satis liquet , quemadmodum testes codicillis adfuerint ; & quo pacto hi obsignari debuerant, nimirum vel proprio Testatoris signo , vel saltem ipsorum testium .

XI. Hæc hactenus hausimus ex veterum Jurisconsultorum sententiis. Quod si litem definire velimus auctoritate posteriorum Imperatorum ante tamen Constantini imperium , res adeo manifesta est , ut non nisi cavillando tergiversari valeat . Diocletianus , inquam , ita rescripsit : *Et in epistola , vel libello , vel sine scriptu-*

ptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse ADHIBITIS TESTIBUS *nulla dubitatio est* (*a*). Quid porro apertius? Giphanius quidem (*b*) ab hac expressa verborum vi non secus se expedire credidit, quam si illud *adhibitis testibus* Triboniano appingeret, quasi ea verba ideo addiderit, ut Diocletiani sententiam componeret cum novo Jure codicillorum de numero quinque testium. Sed non recte Triboniano tribuit, quod nulla de caussa id liceat suspicari; nihil enim commune habent ea verba cum nova codicillorum sanctione. Et quidem illud *adhibitis testibus* in Diocletiani rescripto haud importat solemnem testium numerum, sed talem, qualis requiritur in quavis testatione probationis tantum caussa; quod longe diversum est ab solemni testium adhibitione; ac proinde si ea verba minime respondent novo juri de numero quinque testium, cur ea Triboniano adscribes; quum nulla subsit caussa ita suspicandi? Forsan ejus, quod tueri non possis, statim Tribonianum auctorem feceris, quasi impune liceat ei tribuere quicquid ex libris Juris nostris adversetur opinionibus? Boehmerus contra (*c*) rem aliter interpretari conatur. Admittit quidem, ex Diocletiano duos saltem testes codicillos desiderasse; sed eos dumtaxat, qui fierent nuncupatione, non item, qui per scripturam; atque ea verba *adhibitis testibus* non referri putat ad integram rescripti sententiam, sed tantum spectare specialem locum, quo loquitur de fideicommissis sine scriptura, vel nutu. Insipida prorsus interpretatio! Dicat porro Boehmerus, qua con-

---

(*a*) l. 22. C. de fideicommissis. C. de codicillis.
(*b*) in codice ad cit. leg. ult. §. ult.
(*c*) cap. 1. §. 25. suæ disp.

conjectura id affirmari valeat? Quum contra ex verborum constructione illud *adhibitis testibus* ad omnes legis partes referatur? Suavis autem est, quum rationem subjicit, qua Imperator testium adhibitionem caverit in codicillis voce, vel nutu declaratis; nam, ut inquit, *non posset alias constare de voluntate fideicommittentis*. Sed quid porro opus erat urgere testium præsentiam, ubi aliter defuncti voluntas nequeat manifestari? an hoc umquam in dubitationem venire poterat, ut propterea verbis expressis id cavere cogitaverit? Sed quid ineptius, quam in re tam manifesta cavillationibus laborare?

XII. Reliquum est, ut videamus, quemnam testium numerum veteres revera adhibuerint in codicillis, quibusque non interdicebatur in illis testimonium perhibere. Primum quidem ex Juris libris luculenter non constat; sed quoniam solemnes non erant, nec proinde ex lege proficiscerentur, satis fortasse videbatur numerus duorum testium ex generali Ulpiani regula (*a*), quod ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt. Ceterum probabilius existimaverim, eumdem testium numerum desiderasse, qui adhibebatur in ceteris tabulis, quum in testationem redigerentur. Pari quoque ratione crediderim quoad testium conditionem, quemque, cui testimonium dicere non vetabatur in ceteris negotiis, recte adhibitum in codicillis, veluti non solemnibus; qua de caussa distinguebantur etiam a testamentis, in quibus non admitterentur, nisi tantum masculi, iique cives Romani (*b*).

F §. IV. An

(*a*) l. 12. de testibus. (*b*) Inst. lib. 2. tit. 10. §. 6.

§. IV.

An codicilli per ſcripturam tantum conficerentur, an etiam per nuncupationem?

QUum hactenus expoſuerim eas omnes Juris regulas, quibus codicillorum ratio a teſtamentis diſcriminatur; præſtat modo conſiderare, quemadmodum una conſenſerint, ſive quo pacto codicilli teſtamenti cauſſam imitentur. Ac primum non levis eſt dubitandi locus, an ut teſtamenta condebantur tum per ſcripturam, tum per nuncupationem, ita idem obtinuerit in codicillis? Omnes fere Juris interpretes haud veriti ſunt hoc affirmare præter Antonium Fabrum, qui primus negavit (*a*); ac deinde noſtra ætate Boehmerus Fabri ſententiam ſuſcitavit (*b*), quam amplectitur quoque Heineccius (*c*). Hi quidem Scriptores quum viderint, nullam expreſſam mentionem haberi de codicillis per nuncupationem in Pandectarum libris, nec niſi ex vulgata conſtitutione de quinque teſtium numero (*d*), id primum appareat, qua Imperator eumdem teſtium numerum præſcribit in codicillis per ſcripturam, ac per nuncupationem: exiſtimarunt tum primum inductum, ut vel ſine ſcriptura fierent codicilli; quam ſane conjecturam illuſtrare conantur aliis non diſſimilibus argumentis. Faber quidem ita argumentatur: codicilli ideo dicti, quod eſſent parvi codices; quemadmodum er-

(*a*) de erroribus Pragmaticorum decade 69. errore 9.

(*b*) cap. 1. §. 24. ſuæ diſputationis.

(*c*) Antiquit. Rom. lib. 2. inſt. tit. ult. §. 16.

(*d*) in l. ult. §. ult. C. de codicillis.

ergo nil magis abſonum, quam fingere codicem nuncupatum: ita codicilli ſcripto neceſſario conſignabantur, niſi dixeris etiam voce nuncupatum, quod libello comprehenditur. Urget deinde relatam Marciani ſententiam (a), qua valere dicitur codicillos neque ſubſcriptos, neque ſignatos a teſtatore, quaſi Marcianus intellexerit, non aliter eos fieri poſſe, niſi per ſcripturam, ac demum Ulpiani locum, quem prorſus e re alienum deprehendemus.

II. Recte quidem Faber loquitur, quum contendit codicillorum nomine venire non poſſe, niſi quod ſcribebatur in tabellis ceratis; at hoc tantum ſpectat latinam ſignificationem. Juriſconſulti vero, ut diximus (b), eam vocem accommodarunt ſupremæ voluntati, quæ conſtaret ſine juris ſolemnibus; quo fit, ut quoniam codicillorum nomen tranſtulerint ad exprimendam voluntatem non ſolemnem in ſupremis, nil vetabat, quin hujuſmodi voluntas manifeſtaretur vel ſcripto, vel voce; quum quoquo modo voluntatem noſtram aperiamus, eadem æque permanet, utcumque vario ſigno ſignificetur. Itaque quum Juriſconſulti per codicillos intellexerint voluntatem non ſolemnem, nulla obſtat juris ratio, quin ea manifeſtari magis uno modo, quam altero debuerit: quemadmodum nec juris ratio repugnavit, quin teſtamenta conderentur vel ſcripto, vel nuncupatione; quum quoquo modo voluntas aperiatur, nihil ei additur, vel tollitur, ſed eadem eſſe videtur, licet varium ſit manifeſtationis ſignum. Fateor quidem, naturalem, ſive primoevam codicillorum ſignificationem ad ſcripturam tantum referri; ſed male confi-

(a) cit. l. 6. de jure codicillorum. (b) Vide §. primum hujus capitis.

cit Faber, apud Jurisconsultos non potuisse transferri ad voluntatem nuncupatam, dummodo non solemniter fieret; nec novum est in jure, vocabula formam magis, quam rem ipsam exprimentia, sublata, vel immutata veteri forma, adhuc retineri, dum res ipsa perdurat, quod longum esset exemplis ostendere. Atque, ut cetera prætercam, nonne ipsemet arguitur, quum ait ex relata Imperatoris constitutione tum primum coepisse codicillos confici nuncupatione? cur tam absonum ante illius constitutionem id videbatur, quod postmodum non repugnavit? nonne eadem erat juris ratio?

III. Deinde quod affert ex Marciano, plane non video, quidnam ex illius sententia colligere tentaverit, quod ad rem nostram conducat. Ait porro Consultus, valere codicillos, etiam si neque scribantur, neque signentur a testatore. An ideo intellexit fieri non posse per nuncupationem? Qui autem affirmat, eos valere sive propria, sive aliena manu conscribantur, non videtur scripturam necessario in illis desiderare. Huic similis est alter juris locus, quem Faber, ac Boehmerus (a) afferunt ex Ulpiano, qui ita inquit (b): *quemadmodum plerique Pagani solent, quum testamenta faciunt per scripturam, adjicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere*. Refert quidem Consultus moris esse in testamento scripto clausulam adjici, ut etiam valeret vice codicillorum. Sed ait Faber, ideo clausula adjiciebatur in testamento scripto; quod inutilis hæc fieret in nuncupato; atque, ut arbitratur, testamentum per nuncupationem haud potuerit in vim codicillorum transforma-

(a) cap. pr. §. 7. suæ disputationis. (b) l. 3. de testamento militis.

mari, nam codicilli necessario exigebant scripturam. Verum quam futiles sint hujusmodi argumentationes apparet ex ipsamet Ulpiani sententia, qua nil aliud Consultus significare voluit, nisi quod plerique Pagani solent in testamento scripto adjicere illam clausulam. At enim cur in testamento scripto? Respondeo, quia veteres perraro testabantur per nuncupationem; ac proinde usus illius clausulæ usurpabatur in testamento per scripturam, veluti frequentissimo. Sed quid juris esset, si in testamento per nuncupationem clausula adjiceretur? id non tradit Ulpianus, quum non esset illic locus. Ceterum idem juris fuisse existimaverim, ac si exprimeretur in testamento scripto, quum par sit in utroque ratio. Sed utcumque fuerit hujusmodi clausulæ usus, quid quæso ad codicillos sive per scripturam, sive per nuncupationem ex hoc Ulpiani loco? An quod consueverant illam clausulam adjicere testamento scripto, conficitur, codicillos non secus valere, quam per scripturam? Videant profecto, ne dum in jure ita argumentantur, in dialectices regulas turpiter offendant.

IV. Præterea unde quæso acceperunt, nuncupationem in codicillis primum manasse ex relata constitutione de quinque testium numero? Illic profecto non ea est mens Imperatoris, ut hoc induceret, sed ut numerum testium definiret in codicillis; quod tamen servari jussit tum in voluntate scripta, tum nuncupata, ut ex illius verbis manifeste liquet. Tantum ergo abest, ut ex hac constitutione invaluerit usus codicillorum per nuncupationem, quin etiam contrarium apparet ex iisdem Imperatoris verbis. Statuit quidem quinque testium numerum in quavis voluntate præter

ter testamentum ; additque : *sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur* (a). Quibus verbis plane non video, quemadmodum suspicari liceat, tum primum inductum usum codicillorum per nuncupationem. Demum, quod Boehmerus congerit ex illa perturbata codicillorum notione, quam falso repetit ex epistolarum ratione, frustra hic duximus iterum expendendum, quum latius id principio refutavimus.

V. Verum, ut modo sententiam nostram aperiamus, haud negaverim, origine sua codicillos non nisi scripto primum consignari consuevisse, quod satis intelligitur ex prima vocabuli significatione. Sed aucto deinde codicillorum usu, quoniam nulla juris ratio vetabat, quin instar testamenti possent quoque nuncupari, ubi fideicommissa admitti coeperunt non tam scripta voluntate, quam voce, quin & nutu; probabile fit, tum codicillos quoque per nuncupationem receptos, quibus præsertim fideicommissa relinquerentur. Et quidem declaratio voluntatis sive scripto manifestetur, sive voce pronuntietur, non ad jus pertinet, sed humanæ tradita est facultati. Et quamquam Jus Civile poterat declarationis modum præscribere; quum tamen hoc non caverit in testamentis, nec proinde dicendum est, cautum esse in codicillis. Si autem tollas hanc expressam juris definitionem, nulla caussa erit, cur in testamentis nuncupatio permitteretur, non item in codicillis, quasi nuncupatio liceret in solemni voluntate, non autem in minus solemni. Ceterum si eorum usum spectaveris, non facile comperies nec apud veteres, nec moribus nostris nuncupationis exempla in supremis, tum in testamentis, tum in codicillis; quæ-

que

(a) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis.

que conteſtationes hodie per nuncupationem factæ dicuntur, quum a tabulario in ſcripturam redigantur, re quidem ipſa vicem magis obtinent ſcriptæ voluntatis. Ac ſane in Juriſconſultorum ſcriptis haud reperies exempla teſtamentorum per nuncupationem, quæ tum demum fiebant, quum in re ſubitanea per ſcripturam non liceret, uti & hodie quotidie experimur; atque ut refert Suetonius in vita Horatii: *Deceſſit herede Auguſto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas*. Nec immerito; per nuncupationem enim nedum pandere neceſſe eſt voluntatem coram teſtibus; ſed quod magis putaverim, facile judicium defuncti deficere poteſt, ſi teſtes præmoriantur, antequam teſtatoris exprimant voluntatem, quum contra in voluntate ſcripta maneat teſtatoris judicium. Quare ut veteres raro teſtamenta per nuncupationem conficiebant, ita perraro nuncupabant codicillos; hi enim veluti non ſolemnes facilius redigebantur in ſcripturam.

VI. Sed ne rationum tantum momento Fabrum, ejuſque ſectatores oppugnemus, præſtat modo afferre quemdam juris locum ex Ulpiano, quo non obſcure Conſultus codicillos per nuncupationem innuere videtur. Verba ſunt (a): *Si judex aliquem ſic condemnet, ut quod habet ex teſtamento, vel codicillis Mævij, reſtitueret Titio; ſic accipiendum eſt, quaſi quantitatem nominavit, quæ teſtamento, vel codicillis relicta eſt. Sed & ſi fideicommiſſum SINE SCRIPTURA PRONUNTIATUM, idem erit probandum*. Agit hic Ulpianus de judicis ſententia, qua quis condemnatur ad fideicommiſſi præſtationem relicti vel in te-

(a) Ulpianus in l. 5. §. 1. de re judicata.

teſtamento, vel codicillis; & quoniam condemnatio a judice facta tum parit rei judicatæ actionem, quum in illa certam expreſſerit quantitatem, vel facta condemnatione ſine certa quantitate, hæc tamen certa comprehendatur in parte aliqua actorum (*a*): quærit idcirco Conſultus, an recte judex ſententiam pronuntiaverit, ſi non expreſſa quantitate, ita dixerit: *ut quod habet ex teſtamento, vel codicillis Mœvij, reſtitueret Titio?* Et valere eam reſpondit, quaſi nominaſſet quantitatem, quæ in teſtamento, vel codicillis continetur. Quod ſi fideicommiſſum non ſcriptum, ſed voce ſit pronunciatum (pronunciare hic idem eſt ac nuncupare (*b*), idem dicendum eſſe affirmat. Primum quidem ſpeciem proponit de fideicommiſſo relicto in teſtamento, vel codicillis *per ſcripturam*, deinde *per nuncupationem*; in primo caſu nominat tum teſtamentum, tum codicillos; in altero vero non repetit conteſtationum genera, ſed ait: *ſed & ſi fideicommiſſum ſine ſcriptura pronuntiatum, idem erit probandum*. Quum ergo idem probet in fideicommiſſo ſive ſcripto, ſive pronuntiato, dicendum eſt, comprehendiſſe in poſteriori ſpecie quicquid propoſuerat in prima; ac propterea in prima loquutum de codicillis per ſcripturam, deinde per nuncupationem. Quod ſi velis abſtrahere codicillos a poſteriori ſpecie, nedum in Ulpiani ſententiam offenderis, qua voluit omnino comprehendere tum teſtamenta, tum codicillos, ut ex illius verbis manifeſte apparet; ſed cogeris affirmare, fideicommiſſa haud nuncupari potuiſſe per codicillos: Fideicommiſſa quidem in tantam benigniorem cauſſam adducta fue-

(*a*) l. 3. C. de ſententia, quæ ſine certa quantitate profertur.

(*b*) Vide etiam l. 25. qui teſtamenta facere poſſunt.

fuere, ut vel nutu relinqui possent (a); quod autem vetaretur eorum nuncupatio per codicillos, nescio, qua fronte contendi possit, nisi haud verearis irruere in manifestiora juris principia.

§. V.

Quibus permissum est facere codicillos.

I. ALtera juris regula, qua codicillorum ratio conferri potest cum testamentis, spectat personas, quibus codicillorum factio permittitur, ut par in utrisque ratio habeatur; nimirum, ut cui interdicta sit factio testamenti, eidem negetur & illa codicillorum, & contra (b), Etenim sive agatur de solemni, sive de minus solemni voluntate, juris civilis ratio non patiebatur, eum facere codicillos posse, qui testamenti factionem non haberet; quum quantum ad testandi potestatem idem jus utrisque esse debuerat. Hoc autem ita explicat Paulus (c): *Codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere; (quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit?) sed si jure testamenti factionem habuit*. Factio quidem testamenti non ad testandi formam, sed jus refertur: itaque qui sufficientium testium copiam non habeat pro solemni voluntatis declaratione, non idcirco dicitur, fa-

 ctio-

(a) Ulpianus tit. 25. §. 3. Paulus sent. recept. lib. 4. tit. 1.

(b) l. 6. §. 3. & l. 8. §. 2. de jure codicillorum.

(c) cit. l. 8. §. 2.

ctionem testamenti non habere, ut proinde nec codicillos facere possit; quum satis sit, factionem ei non esse jure interdictam.

II. Verum utcumque unam, eamdemque juris rationem spectaverint quoad personas, quibus factio esset testamentorum, ac codicillorum; tamen vel quid diversum considerarunt in testamenti, ac codicillorum tabulis, quarum benigniorem fecerunt caussam. In testamentis quidem non secus Prætor concedebat bonorum possessionem secundum tabulas, quam si is, qui testamentum faceret, utroque saltem tempore factionem testamenti habuisset, & quum testamentum condidit, & quum moritur; licet medio tempore eam amiserit, si nempe capitis minutionem passus sit (*a*). At in codicillis benignius receptum est, ut tempus tantum nodo mortis spectetur, quo factionem testamenti habuerit, ut fideicommissum iis relictum valeret. Et ideo ait Ulpianus (*b*): *Si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis restitutus, iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi fideicommissum valere; si modo in eadem voluntate duravit.* Idem quoque affirmat Ulpianus (*c*); si filius familias codicillos fecerit, & emancipatus eos non mutaverit; vel si servus fecerit, & manumissus iis durantibus decedat; ex tacita enim voluntate codicilli convalescunt. Neque dixeris, id inductum in gratiam fideicommissi, non codicillorum; nam aperte Ulpianus fatetur, hæc locum non habere in fideicommissis, quæ testamento relicta sint (*d*): *Hæc*

(*a*) l. 1. §. 8. de bonorum pos. sec. tabulas.

(*b*) l. 1. §. 5. de legatis 3.

(*c*) cit. l. 1. §. 1. de legatis 3.

(*d*) loco cit.

Hæc utique, ut inquit, *nemo credet in testamentis nos esse probaturos*, *quia nihil in testamento valet*, *quotiens ipsum testamentum non valet*; *sed si alias fideicommissum quis reliquerit*, id est extra testamenti tabulas, nempe in codicillis. Rigorem quidem juris tenuerunt in testamentis, tamquam ex lege; ac proinde utroque saltem tempore factionem testamenti habere oportebat; benignitatem vero in codicillis veluti ex moribus; quibus si fideicommissa scriberentur, mortis tantummodo tempus spectabatur (*a*).

§. VI.

De variis Codicillorum modis.

I. PErspecta generali codicillorum norma, quatenus a testamenti jure vel distinguatur, vel conferatur, sermonis ratio postulat, ut modo videamus, quot codicillorum modos, sive genera veteres admiserint, ut deinde sigillatim proprium cujusque jus consideremus, quatenus inter se se differrent. Ex libro singulari, quem Paulus scripsit de jure codicillorum, retulit Tribonianus in Pandectarum libris quemdam hujus Consulti locum, quo varios eorum modos perspicimus. *Conficiuntur*, inquit (*b*), *codicilli QUATUOR MODIS*: *aut enim in futurum confirmantur*: *aut in præteritum*: *aut per fideicommissum testamento facto*; *aut sine testamento*. Ex quatuor hisce codicillorum modis, quos Paulus distinguit, primi tres testamentum sequuntur, tamquam illius supplementum, quosque Jurisconsulti appellarunt ad *testamentum factos*, vel *per-*

(*a*) Vide Cujacium ad cit. legem. (*b*) l. 8. de jure codicillorum.

pertinentes (*a*) ; poſtremum vero reſpicit eos codicillos ; qui fiunt ſine teſtamento , nempe ab inteſtato . Atque ut uniuſcujuſque formam explicemus , primo codicilli ita conficiebantur , ut teſtamento confirmarentur *in futurum* ; quum nempe teſtator caverit teſtamento , ſe valere velle eos codicillos , quos ſcripſiſſet , ac deinde poſt factum teſtamentum eos revera ſcribat ; hique codicilli *in futurum confirmati* dicebantur . Horum exemplum exhibet Marcellus (*b*) : *Lucius Titius teſtamento ita cavit : ſi quos codicillos reliquero , valere volo* . Alter modus erat ; quum contra conficiebantur codicilli ante teſtamenti tabulas , in quibus deinde confirmarentur , tumque dicebantur *confirmati in præteritum* ; ut ſi teſtamento quis dixerit : *quos cidicillos feci , aut reliqui , valere volo* . Ambo ergo teſtamento erant confirmati ; ſed ſi illi poſteriores eſſent , *in futurum* , ſi anteriores , *in præteritum* confirmati appellabantur . Interdum etiam una enunciatio complectebatur codicillorum confirmationem tum in futurum , tum in præteritum ; puta ſi teſtamento ita cavebatur : *quos codicillos feci , aut fecero* ; aut ſi generalis confirmationis formula adhiberetur , qualem profert Celſus (*c*) : *Hæc verba : ſi quid ad hoc teſtamentum pertinens reliquero , valere volo , etiam ea , quæ ante teſtamentum ſcripta ſunt , comprehendere* . Poterant quoque non omnes , ſed certi generis codicilli confirmari , tumque eos tantum valere ait Paulus (*d*) : *Si quis certi generis codicillos confirmaverit , puta : quos noviſſimos fecero , non utique ſtatim quæ codicil=*

(*a*) l. 8. §. 2. de tranſactionibus , l. 5. de his , quæ ut indignis &c.

(*b*) l. ult. de fideicommiſſariis libertatibus.

(*c*) l. 18. de jure codicillorum.

(*d*) l. 8. §. ult. eodem tit.

cillis dantur, consistere videbuntur; & ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.

II. Tertius codicillorum modus a Paulo relatus dicitur *per fideicommissum testamento facto*; nimirum quum testator voluntatem suam declaret codicillis ad testamentum factis, verbis quidem precativis, non autem directis; sive quum fideicommissa in illis reliquerit. Exemplum esto ex Scævola (*a*): *codicillis ita scripsit: Nigidium, Titium, Dionem libertos meos senes, & infirmos PETO in locis, in quibus nunc agunt, senescere patiamini*; verbum enim *peto* precativum erat:atque tot hujusmodi codicillorum exempla reperies in libris juris, quot fideicommissa prostant in codicillis relicta (*b*). Turpiter hic fallitur glossa, dum putat,codicillos per fideicommissum aliud hoc loco non intelligi, quam si confirmentur testamento verbis precariis;puta si testator ita caverit: *quæ codicillis cavi, vel cavero,peto, ut præstetis*;hoc enim non utique constituit diversum codicillorum genus,sed tantum respicit variam verborum adhibitionem in confirmationis formula,quæ tamen utcumque proferatur, eorum non immutat naturam; sive enim quis dicat: *quicquid codicillis reliqui, ita dare heres meus damnas esto*, sive: *quæ codicillis cavi, peto, ut heres meus præstet*, una,eademque habebatur vis confirmationis; atque differentia inter verba precaria, ac directa non utique spectabat confirmationis formulam, sed ipsam relicti naturam; nam quoquo modo, quibusque verbis confirmatio proferretur, eadem æque considerabatur; ut idcirco non constitueret distinctam codicillorum formam. Haud negaverim tamen,

(*a*) l. 23. de usu, & usufructu per legatum, vel fideicommissum relictis.

(*b*) Vide Connanum comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 2.

men, veteres sæpissime confirmationis formulam expressisse per verba precativa; quo sane respexit Scævola, quum ait (a): *deinde codicillos per fideicommissum confirmavit*; attamen nil refert ad jus codicillorum, utrum directe, an per fideicommissum per verba nempe precativa confirmarentur. Nec Paulus alia de caussa varios eorum modos distinguere intellexit, nisi quod cuique tribuitur peculiaris quædam juris ratio; varia vero verborum conceptio in confirmatione quum jus diversum non exprimat nec modum diversum constituere potest. Quicquid autem varium confirmationis modum respiceret, quod varium jus pareret in codicillis, jam proposuit in prioribus duobus codicillorum modis, quum nempe confirmentur in futurum, vel in præteritum. Atque ubi tertium codicillorum modum a prioribus distinguere voluit, id tantum significare intellexit, quod poterant quoque confici codicilli *per fideicommissum testamento facto*: id est scribi in illis relicta per fideicommissum, ut ita distingueret codicillos testamento confirmatos, quibus legari poterat verbis directis, seu civilibus a codicillis non confirmatis, quibus non aliter relicta constarent, nisi expressa per fideicommissum, seu verba precativa, ut latius infra apparebit.

III. Quarto demum conficiebantur codicilli per fideicommissum quidem, sed sine testamento; nimirum quum quis intestatus decedens codicillos tantummodo relinquat, quo inquam casu non secus consistunt, quam si relicti præstatio fidei heredis legitimi committatur. Formulam autem, qua potissimum concipi solerent, ita exponit Julianus (b): *si quis quum testamentum nullum habebat, codicil-*

(a) l. 37. §. 2. de legatis 3. (b) l. 3. principio de jure codicillorum.

cillis fideicommiſſa hoc modo dedit: Quiſquis mihi heres erit, bonorumque poſſeſſor, ejus fideicommitto, fideicommiſſa præſtari debent. Fideicommiſſorum quidem cauſſa, quæ extra legis rigorem ſpatiabatur, effecit,, ut etiam ab inteſtato decedentibus permitteretur fideicommiſſa codicillis relinquere. Hæc quidem Paulus habet. Tribonianus vero (*a*) breviorem tenet codicillorum diviſionem; eorumque duo tantum genera agnoſcit, ut vel conficiantur teſtamento facto, vel ſine teſtamento per fideicommiſſum: *Non tantum autem*, inquit, *teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed inteſtato quis decedens fideicommittere codicillis poteſt*. Cur autem Tribonianus minutam Pauli diviſionem neglexerit, opportunius videbimus capite ſequenti, quum ad jus novum acceſſerimus.

IV. Verum quamquam perſpicuum ſit, hos quatuor codicillorum modos jam eſſe pleno jure receptos Juriſconſultorum ſaltem ætate, quorum ſcripta Tribonianus tranſcripſit in Pandectarum collectione; numquam tamen credibile ſit, ut recte arbitratur Cujacius (*b*), & Hotomanus(*c*),uno eodemque tempore omnes apud veteres admiſſos. Hoc enim rei indoles ſatis declarat, quæ principio tantam juris immutationem in ſupremis non patiebatur; ſed quum a levioribus exordiamur, facile deinde ad majora patet progreſſus. Itaque admiſſis primo codicillis ad teſtamentum factis, quibus vel quod teſtamento comprehenſum non eſſet, ſuppleretur, aut variare liceret, ad codicillos demum etiam ſine teſtamento perventum eſt; quin quantum ex ipſo rerum ordine conjecturam ducere licet, an-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1. (*b*) ad l. 2. de legatis 1. & ad l. 1. de legatis 3. (*c*) Inſt. lib. 2. tit. ult.

anteriores fortaffe fuere codicilli confirmati in futurum illis in præteritum. Conftat autem Plinii teftimonio, qui vixit fub Trajano, ea nempe ætate codicillos non aliter conftitiffe, quam fi effent teftamento confirmati; fcribens enim ad Annium ita inquit (a): *Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inftituit heredem, pro non fcriptis habendos; QUIA NON SUNT CONFIRMATI TESTAMENTO. Quod jus ne mihi quidem ignotum eft; quum fit etiam iis notum, qui nihil aliud fciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamfi jure deficerentur, quafi perfectas tuerer. Conftat autem, codicillos Aciliani manu fcriptos; licet ergo non fint confirmati teftamento, a me tamen ut confirmati obfervabuntur.* Scio, hunc Plinii locum a plerifque interpretibus (b) intelligi de codicillis, teftamento anterioribus, qui confirmari debuerant pofteriori teftamento. Sed gratis hoc afferitur, quum ex Plinii verbis id minime appareat: nec alia de cauffa codicillos jure pro non fcriptis habendos effe dicitur, nifi quia non effent teftamento confirmati; quod quidem jus, ut ait, *ne mihi quidem ignotum eft, quum fit etiam iis notum, qui nihil aliud fciunt*. Vulgata ergo tum erat hæc juris regula, quæ tamen non video, quemadmodum intelligenda fit de anterioribusteftamento dumtaxat, non item pofterioribus. Et quidem interpretes confulto acceperunt hunc Plinii locum de codicillis tantum anterioribus teftamento, ut ita explicarent difficiles quofdam juris locos, Papiniani nempe, & Triboniani in inftitutionibus; fed fruftra elaborarunt, ut

(a) lib. 2. epift. 16.

(b) Vide Duarenum difput. anniver. lib. 2. cap. 42. Balduinum in inft. lib. 2. tit. ult. Byukershoekium lib. 8. obf. cap. 13.

ut infra ſuo loco dicemus. Itaque, niſi recedamus a ſimplici verborum intelligentia, dicendum eſt, Plinii ætate nondum admiſſos codicillos teſtamento non confirmatos; quod tamen poſtmodum licuit, dummodo ſcriberentur per fideicommiſſum; quos ſane Paulus retulit ad tertium codicillorum modum, ut jam monuimus.

§. VII.

De peculiari jure cuique codicillorum generi accommodato; ac primum de codicillis ſine teſtamento.

I. EXpoſitis jam quatuor codicillorum modis, ut Paulus deſcripſit, ſequitur modo, ut proprium cujuſque jus perſequamur, quatenus inter ſe ſe diſcriminentur quoad varios juris effectus cuique tributos; ideo enim Conſultus eos diſtinguit, quod diverſis quibuſdam juris regulis regantur. Ut autem rectius peculiarem illorum indolem intelligamus, placet tractationem primum inſtituere de codicillis ſine teſtamento, tum deſcendere ad ceteros codicillos, qui teſtamento ſuperadduntur. Et quamquam inverſo veluti ordine hoc fieri videatur, quum inſpecta eorum origine hi quidem poſteriores illis fuerint: attamen quoad juris rationem conſiderati qui codicilli ab inteſtato fiunt, primo loco exponendi videntur; quippe qui imaginem quamdam teſtamenti præſeferunt, ac ſæpiſſime ejus naturam imitantur; quum contra codicilli ad teſtamentum pertinentes habeantur tanquam illius ſequela, ac additamenta. Quoniam ergo primum eſt in jure perſpicere quicquid vertit ad teſtamenti cauſſam, tum conſiderare il-

lius appendices, quæ profecto diversam exhibent a testamentis rationem, non immerito hic duximus exordiri a codicillis ab intestato, tamquam ab ea suprema voluntate, quæ licet non solemnis, solemnis contestationis vice consideratur.

II. Quum dicimus codicillos sine testamento, intelligimus *eam minus solemnem voluntatem*, *qua quis ab intestato decedens fidei heredis legitimi committit*, *ut vel totam*, *vel partem hereditatis aliis restituat*; quod ea nempe formula exprimi solebat: *Quisquis mihi heres erit*, *bonorumve possessor*, *ejus fideicommitto* &c. Ea ergo est vis, atque potestas hujusmodi codicillorum, ut si quis sine testamento decedere maluerit; possit nihilominus bona sua cui magis placuerit, relinquere per codicillos; dummodo voluntatem suam expresserit per fideicommissum, eligendo fidem heredis legitimi, qui vel totam hereditatem, vel partem restituere tenetur ea lege; quæ codicillis jubetur. Mirum hic quidem prima fronte videtur, quomodo intestatus is decessisse dicatur, qui revera de bonis suis statuit quicquid post mortem suam fieri velit; utcumque enim hoc fiat per fideicommissum, re tamen ipsa non secus de rebus suis testatur, ac si conderet testamentum. Ut plenius id cognoscatur, res aliquanto altius est repetenda.

III. Jam supra innuimus, quemadmodum Augusti ætate res testamentaria novam veluti formam receperit tum usu codicillorum, tum necessaria fideicommissorum præstatione; quæ tamen quum revera opponeretur veteri juris civilis observationi, ita velari oportebat, ut in leges aperte non offenderet; ne quæ moribus essent constituta le-

legibus adverſari viderentur. Ac ſane ex jure XII. tabularum manaverat, ut defunctorum voluntates non ſecus ſervarentur, quam juſſæ teſtamento ſolemni verbis imperativis, ac civilibus, tum quoad hereditatis dationem, tum legatorum, tutelarum, ac libertatum (*a*). Et quamquam vel ante Auguſtum uſus fideicommiſſorum cœpiſſet, quorum ope, ut leges fraudarent, ſolebant teſtatores per manus heredis perducere bona ſua ad illos, qui jure capere non poterant; tamen quum hoc penderet ex fide heredis, nec ullo juris vinculo ſtringebatur; ſtetit propterea in ſupremis vetus juris obſervatio. At poſtquam Auguſti auctoritate factum eſt, ut heredes vel inviti tenerentur ad fideicommiſſorum reſtitutionem; tum admiſſo quoque codicillorum uſu Juriſconſulti modum invenerunt, quo declinarent quidem ab juris rigore ſine expreſſa ejus offenſione; atque quum antea teſtari vetaretur, niſi ſolemni teſtamento, verbiſque imperativis, fideicommiſſorum colore facultatem quoque præbuerunt teſtandi ſine juris ſolemnibus per codicillos, ſive totam hereditatem, ſive partem; adeo ut immutatis verborum formulis, idem fere tribueretur codicillis, quod proprium eſſet teſtamenti. Enim vero eam hereditatis dationem, quæ verbis civilibus concepta teſtamento tantum conſtabat, in fideicommiſſi cauſſam converſam ad codicillos tranſtulerunt; & quoniam in fideicommiſſis neceſſario alterius fides eligi debuerat, adhibuerunt idcirco fidem heredis legitimi, quaſi teſtator eos ſcripſiſſet heredes, ad quos hereditas perventura eſſet ab inteſtato; atque, ut perbelle Paulus inquit (*b*): *ideo fideicommiſſa*

(*a*) Vide Cujacium obſer. 11. cap. 25. & Schultingium ad Ulpianum tit. 24. nota 2. & 3. (*b*) l. 8. §. 1. de jure codicillorum.

missa dari possint ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.

IV. Hinc facile intelligimus, cur intestatus diceretur, qui codicillis omnia bona sua relinqueret. Etenim is lege testatus habebatur, qui justam mentis suæ sententiam in testamento aperiret; ac propterea, ut juris rigorem quodammodo retinerent, factum est, ut quamvis codicillis jubere permitteretur, quicquid testatori placuisset; tamen, quoniam non nisi per fideicommissum id liceret electa heredis legitimi fide, intestatum proinde eum decessisse affectabant, qui revera supremam voluntatem suam codicillis expresserat; præsertim quum testatus jure dici non posset, qui licet sponte sua hereditatem relinquere videbatur heredibus legitimis, deerat tamen expressa heredis institutio ad legis modum concepta: *potestas* enim *testamenti*, ut ait Ulpianus (a), *ab heredis institutione incipit*. Itaque codicillis sine testamento confectis utcumque ab intestato quis decessisse dicebatur; recte tamen poterat per hujusmodi minus solemnem voluntatem immutatis verborum formulis idem prorsus cavere, quod testamento liceret. Etenim re quidem ipsa tantum valet expressa heredis institutio in testamento verbis imperativis concepta, quantum tacita heredis legitimi in codicillis per fideicommissum; ac proinde non minus testari intelligitur, qui nominatim heredem instituat, quam qui si non nominatim, habetur tamen, quasi scripsisset heredem succedentem ab intestato, a quo fideicommittit. Quæ quum

(a) tit. 24. §. 15.

quum ita ſint, quid aliud intererit inter utramque teſtationem, niſi ſolemnis forma, juriſque ſubtilitas? Nomen quidem adſcr ipſerunt codicillis *ab inteſtato*, quatenus nec nominatim heres ſcribatur, nec alius, quam legitimus eſſe poſſit; ſed ſi rem ipſam conſideraveris, teſtamenti loco habentur, niſi dicas, quod ob fideicommiſſi rationem liceat heredibus legitimis quartam retinere. Merito ergo Paulus (*a*) eos ita deſcripſit, ut *vicem teſtamenti exhibeant*; quum revera teſtamenti indolem imitentur.

V. Poſito hoc juris principio in codicillis ſine teſtamento, nimirum ut per fideicommiſſum cuique permitteretur, ut magis vellet, bona ſua relinquere ex fide heredis legitimi, plura conſequentia inde fluxere. Ac primo ſumma conſtituta eſt differentia inter hos codicillos, & eos, qui ad teſtamentum facti dicuntur: illi quidem ſponte ſua conſiſtunt, atque quum habeantur teſtamenti vice, ſuis proinde viribus recte ſubſiſtunt. Codicilli autem ad teſtamentum pertinentes tantum valent, quantum & ipſum teſtamentum conſtet; quum jus illius omnino ſequantur; ideoque rupto teſtamento, vel quoquo modo irrito facto, neceſſario & codicilli concidunt; quod ita Paulus exponit (*b*): *Ad teſtamentum autem, quod quoquo tempore feciſſet, pertinent codicilli; & ut manifeſtius dicam: inteſtato patrefamilias mortuo nihil deſiderant codicilli, ſed vicem teſtamenti exhibent; teſtamento autem facto jus ſequuntur ejus.*

VI. Deinde ex tacita illa generali heredis legitimi appellatione in ea formula contenta *quiſquis mihi heres erit*, bo-

(*a*) l. 16. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 16. de jure codicillorum.

bonorumve possessor, ejus fidei committo &c. prodiit quædam potior juris ratio in codicillis ab intestato, quam in ipso testamento. Etenim quum habeatur, quasi scripsisset heredes omnes succedentes ab intestato sive natos, sive nascituros, fit propterea, ut agnatione postumi etsi testamentum statim rumpatur, hujusmodi tamen codicilli numquam evanescant; quisquis enim fuerit successor legitimus tum ante, tum post codicillos natus, tamquam in intestati voluntate comprehensus videtur, ideoque non rumpuntur. Atque, ut Julianus inquit (*a*): *si quis quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, ejus fidei committo, fideicommissa præstari debent, quia paterfamilias, qui testamenti factionem habet, & codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes ejus essent, ad quos legitima ejus hereditas, vel bonorum possessio perventura esset. Sed & si post codicillos factos natus quis esset proximus adgnatus, vel suus heres, fideicommissum præstari debebit; intelligitur enim is quoque heres scriptus, & ideo non perinde habendus est, ac si rupisset hos codicillos*. Quod & Paulus ita confirmat (*b*): *Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli; nam unus casus est, nec interest, quis succedit, dum intestato succedat*. Unus casus est, inquit, in quem omnes comprehendi videntur; nimirum si quis ab intestato heres extiterit, ac proinde quoad cuivis legitimo successori sit locus, quisquis ille sit, codicilli numquam evanescunt; quod tamen non

(*a*) l. 3. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 16. eodem tit.

non obtinet in teſtamentis, quibus heres certus inſtituitur(*a*). Idem probatur, ſi teſtator neglecta generali formula *quisquis mihi heres erit, bonorumve poſſeſſor* cum eo tantum loquatur in codicillis, cui relinquit, puta ſi dixerit: *peto Caj Sei contentus ſis illa re, aut volo tibi illud præſtari* (*b*); nam in fideicommiſſis, in quibus voluntas magis, quam verborum formulæ, ſpectantur, *quæri non oportet*, inquit Papinianus (*c*), *cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur*; tacite enim intelligitur, a quovis herede legitimo petiiſſe fideicommiſſi præſtationem. Quod ſi nominatim elegerit fidem alicujus ex legitimis heredibus, puta: *rogo Sejum filium meum, ut præſtet Titio centum*, fideicommiſſum quidem conſiſtit, ſed repudiante filio, ſi ad alium ſucceſſio devolvatur, codicilli, uti & fideicommiſſum evaneſcunt; nam qui rogatus non eſt, fideicommiſſo non obligatur, atque electa fide certæ perſonæ, nequit ad alios transferri, quod ita explicat Ulpianus (*d*): *illud certe indubitate dicitur, ſi quis inteſtatus decedens ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit, fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, eum fideicommiſſum non debere; & ita Imperator noſter reſcripſit* (*e*).

VII. His ita perſpectis de jure codicillorum ſine teſtamento, quum, ut diximus, idem revera permitteretur teſtatoribus in hujuſmodi codicillis per verba precaria, quod imperativo modo admittebatur in ſolemni teſtamento;

(*a*) Vide Cujacium in lib. 21. quæſtionum Pauli ad l. 16. de jure codicillorum.

(*b*) Paulus recept. ſent. lib. 4. tit. pr. §. 5. & l. 69. de legatis 3.

(*c*) l. 77. §. 26. de legatis 2.

(*d*) l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

(*e*) Vide Cujacium obſer. lib. 2. cap. 3.

to ; ita ut præter verborum formulas , jurisque solemnia nil vetabatur in codicillis relinquere , quod testamento liceret ; tanta proinde facta est affinitas inter utramque testationem , ut non facile distingueretur , quid revera testator scribere intellexerit , an testamentum , an codicillos ab intestato . Hæc autem voluntatis quæstio locum habet ; quum testator neglectis juris solemnibus quasi codicillos conficiat , iisque adjiciat heredis institutionem , quæ sane testamento tantum permittitur , nec codicillis adhiberi potest , nisi conversa in caussam fideicommissi . Hinc dubitabatur , an quantum ad testatoris consilium hujusmodi testationes accipiendæ sint , tamquam si testamentum condere existimaverit , an potius codicillos ab intestato ? Et quidem multum intererat hoc definiri ; nam si testamenti loco haberentur , inutilis prorsus fieret testatoris voluntas tamquam injusta , sive non solemniter declarata ; sin codicillorum , tum relicta valebant fideicommissi nomine ab legitimis heredibus præstanda , ac proinde si dicatur , testatorem revera testamentum facere intellexisse , concidunt omnia , quæ scripsit ; sin codicillos magis relinquere velle credatur , devoluta hereditate ad legitimos , in vim fideicommissi hi coguntur eamdem restituere scriptis heredibus . Sed præstat Papinianum audire, qui rem omnem una sententia complexus esse videtur (a) : *Tractari solet* , inquit , *de eo* , *qui quum tabulas testamenti non fecisset* , *codicillis ita scripsit* : *TITIUM HEREDEM ESSE VOLO* . *Sed multum interest* , *utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam* , *quam codicillorum instar habere voluit* , *reliquerit* ; *an vero testamen-*

(a) l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

mentum facere se existimaverit ; nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Recte hic Cujacius animadvertit (*a*), dubitationem in hac specie augere illud verbum *volo*, quod precativum erat ; ut non immerito argumentari potuerit, testatorem intellexisse, fideicommissariam magis hereditatem per codicillos relinquere : in testamentis enim institutio imperative fieri debet. In hac ergo rerum ambiguitate optime Papinianus tradidit, hoc pertinere ad voluntatis quæstionem ; ideoque ex conjecturis ductis ex testatoris mente res erat definienda : *Voluntatis autem quæstio*, subdit, *ex eo scripto plerumque declarabitur ; nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere intelligitur*. Mens igitur testatoris exploranda videtur, an revera codicillos facere existimaverit, an testamentum, quod non nisi ex conjecturis percipietur ; si enim, ut recte Papinianus monuit, vel legata reliquerit, vel heredi substitutum adjungat, tum profecto dicemus, testamentum, non codicillos facere voluisse ; Datio enim legatorum ab herede relicta ; vel substitutio quum nequeant referri ad codicillos ab intestato, satis declarant de testamento cogitasse ; ideoque relicta in hujusmodi scriptura non valebunt quidem, tamquam ex codicillis, quum appareat, testatorem haud intellexisse facere codicillos ; nec ex testamento, veluti confecto sine juris solemnibus. Huc quoque respexit Diocletianus, quum rescripsit (*b*) : *non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, & exhe-*

(*a*) lib. 19. quæstionum Papiniani adcit. l. 13. de jure codicillorum.
(*b*) l. 14. C. de testamentis.

redatio facta probant evidenter. Similem quidem dubitationem Imperatori propofuerant: qui tamen ut in facto cognovit, inftitutionem, quin & exheredationem quoque adeffe, recte ftatuit, teftamentum revera aviam facere intellexiffe, non codicillos; quum hæc ad primam teftationem omnino pertineant. Sed cur Papinianus ait *plerumque*? quia non femper hoc poterit dijudicari ex contentis in ipfa fcriptura, tumque neceffario recurrendum ad alias conjecturas. Quo quidem fpectat fpecies a Paulo propofita; quum inquit (a): *Si palam heres nuncupatus fit, legata autem in tabulis collata fuerint, Julianus ait, tabulas teftamenti non intelligi, quibus heres fcriptus non eft, & magis codicilli, quam teftamentum exiftimandæ fint*; teftamenti namque ratio non patitur, partim nuncupari, partim in tabulis conferri, nec tabulas teftamenti recte dixeris, quibus defit heredis inftitutio; ideoque in hac fpecie magis codicillos feciffe intelligitur, quam teftamentum.

§. VIII.

De teftamentis in codicillos ab inteftato transformandis. Sive de claufula, quam vocant *CODICILLAREM*.

I. NEmo ignorat, quæ, quantave fuerit apud veteres fcrupulofa juris obfervatio in teftamentis condendis, quove ftudio perpendere oportebat tabularum rationem; ne ob neglectam vel minimam juris fubtilitatem

(a) l. ult. de jure codicillorum.

tem ſuprema judicia ſubverterentur : atque, ne facile conciderent defunctorum voluntates, ſæpiſſime adhibebatur jurisperiti conſilium, qui arte ſua occurreret, quo tabulæ peccare viderentur. Hinc introductis codicillis ab inteſtato, quoniam horum ratio non diſtabat a teſtamenti cauſſa, niſi quantum ad juris ſolemnia, variaſque verborum formulas; modum quidem excogitarunt, quo teſtamenta ipſa in codicillos transformari poſſent, ut ſi ob juris umquam rigorem ruerent tabulæ teſtamenti, præſto eſſet codicillorum ratio, qua voluntas ſuſtentaretur. Hoc quidem factum eſt ope cujuſdam clauſulæ, vulgo *codicillaris* dictæ, quam teſtamento adjicere ſolebant, cujuſque vi inductum eſt, ut ſublata teſtati cauſſa, ſive quod teſtamentum eſſet imperfectum, ſive quod non eſſet jure factum; ſtaret ſaltem defuncti judicium, veluti ex codicillis ab inteſtato : tumque ſucceſſione converſa in cauſſam fideicommiſſi, conſtabat quidem voluntas in teſtamento ſcripta, non tamen ex teſtati, ſed inteſtati ratione; ita ut recte poſſet peti ab heredibus legitimis per fideicommiſſum, quod directe non liceret ex inutili teſtamento. Summa ergo eſt, ut quum codicilli ab inteſtato immutatis verborum formulis teſtamenti poteſtatem re ipſa exprimerent, facile fuit convertere voluntatem in teſtamento nullo expreſſam in codicillorum rationem; atque adhibita clauſula, ut nempe ea voluntas valeret *etiam vice codicillorum*, ubi teſtati ratio deficeret ex juris rigore, ſtatim ſuccederet inteſtati regula benignior, tamquam ex codicillis, qua eadem voluntas ſuſtentari valeret per fideicommiſſum.

II. Hæc autem clauſula, ut tradit Ulpianus, ita

I 2 po-

potiſſimum concipi ſolebat (*a*): *volo, hoc etiam vice codicillorum valere*, quaſi dixerit, ſe quidem teſtamentum facere intelligere; quod ſi ob fortuitos caſus, qui contingere poterant, tabulæ teſtamenti non valerent, tum ejus voluntatem valere velle *etiam vice codicillorum*, tamquam ſi codicillos, non teſtamentum feciſſet. Idem quoque probarunt, ſi clauſula non expreſſe adjiceretur, ſed tacite; quum nempe aliunde conſtiterit, teſtatorem omnimodo intellexiſſe, ſe valere velle, quæ in illa ſcriptura reliquerit *in omnem ſucceſſionis ſpeciem*, quod tamen pluribus exemplis demonſtrabimus. Primum eſt in ſpecie a Paulo propoſita (*b*): *Ex his verbis*, inquit, *quæ ſcripturæ paterfamilias addidit*: *HOC TESTAMENTUM VOLO ESSE RATUM QUACUMQUE RATIONE POTERIT*, *videri eum voluiſſe*, *omnimodo valere ea*, *quæ reliquit*, *etiam ſi inteſtatus deceſſiſſet*; illud enim *quacumque ratione poterit* ſatis declarat, teſtatorem de utraque ſucceſſione cogitaſſe, tum ex teſtamento, tum ex codicillis ab inteſtato. Alterum exhibet Scævola de quodam teſtamento non jure facto; in quo tamen teſtator ita declaraverat (*c*): *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juriſperito*, *rationem animi mei potius ſequutus*, *quam miſeram diligentiam* (*d*); *& ſi minus aliquid legitime*, *minuſque perite fecero*, *pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas. Deinde heredes inſtituit*. *Quæſitum eſt*, *inteſta-*

(*a*) l. 3. de teſtamento militis.

(*b*) l. 29. §. 1. qui teſtamenta facere poſſunt.

(*c*) l. 88. §. 17. de legatis 2.

(*d*) Solebant quidem Juriſperiti teſtamenta dictare, iiſque adeſſe; quare Cicero lib. 2. de oratore cap. 6. ita Scævolæ illudit: *Si nullum erit teſtamentum recte factum*, *niſi quod tu ſcripſeris*, *omnes ad te cives cum tabulis veniemus*; *omnium teſtamenta tu ſcribes unus*.

stati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptæ ex caussa fideicommissi peti possunt? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, posse. Hoc quidem testamentum etsi non jure factum dicebatur, tamen quoniam testator posthabita juris scrupulositate ostenderat, ratam haberi velle voluntatem suam, licet minus legitime, minusque perite testatus esset, recte Scævola respondit ex caussa fideicommissi tamquam ex codicillis servari debere quicquid esset injusto testamento scriptum ita ut devoluta successione ad heredes legitimos, ex horum fide præstarentur heredibus scriptis portiones sibi in testamento adscriptæ (a). Ultimum affert Papinianus in hæc verba (b): *Filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat. Quum testamentum nullo jure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa respondi; nam ENIXÆ VOLUNTATIS PRECES AD OMNEM SUCCESSIONIS SPECIEM PORRECTÆ VIDEBANTUR.* In hac specie quoque testamentum jure non constabat, sed quoniam testator heredem obstrinxerat cum jurisjurandi religione ad præstationem fideicommissorum: idcirco devoluta successione ab intestato ad ipsam matrem heredem scriptam in testamento, Papinianus putavit, fideicommissa omnino deberi quasi ex codicillis ea eleganti ratione, quod enixæ preces testatoris, quibus vel jurejurando matrem rogaverat, ut fideicommissa præstarentur, porrigi debuerant *ad omnem successionis speciem* tum nempe ex testamento, tum ab intestato; qui enim quid dari precatur enixæ voluntatis significatio-

(a) Vide Cujacium lib. 3. respons. Scævolæ ad cit. l. 88. §. 17. de legatis 2.
(b) l. 77. §. 23. de legatis 2.

tione ; is omni modo id valere velle ostendit, quod perinde habetur, ac si dixerit, voluntatem suam valere velle *quacumque ratione poterit* (a).

III. Ex adductis autem juris locis manifestissime apparet non aliter testamenta transformari in codicillos, nisi clausula vel expresse adjiciatur, vel tacite intelligatur; quod tamen tum colligere licet, quum aliunde constiterit, eam revera fuisse testatoris mentem, ut cogitaverit nedum de successione ex testamento, sed ab intestato ex codicillis. Alioquin si nullum appareat voluntatis indicium, ita testatorem sensisse, nihil prorsus debetur ex injusta testamenti scriptura, nec tabulæ perduci poterunt ad codicillos. Quod ita definit Ulpianus (b): *Sæpissime rescriptum, & constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, NEC VOLUIT QUASI CODICILLOS ID VALERE, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.* Etenim juris ratio non patitur, defuncti judicium porrigi ad illam successionis speciem, de qua non cogitavit, nec benigna codicillorum caussa efficiet, ut ea voluntas rata habeatur quacumque ratione poterit, quum testator ita se velle non significaverit: hoc enim non esset sequi, sed adversari magis illius voluntati. Quod adeo in jure perspicuum est, ut vel si fideicommissa scripta sint in testamento imperfecto sine clausulæ adjectione vel expressa, vel tacita, negat Ulpianus ea deberi quasi ex codicillis (c): *Quotiens*, inquit *quis exemplum testamenti præparat, & prius decedat, quam testetur, non va-*

(a) Vide Cujacium lib. 8. respons. Papiniani ad cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

(b) l. pr. de jure codicillorum.

(c) l. 11. §. 1 de legatis 3.

valent quasi ex codicillis, quæ in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat, quod & Paulus etiam comprobavit (*a*); quum tamen si clausula adjecta sit in testamento imperfecto, idem Ulpianus fatetur deberi, quod in illo scriptum reperitur vice codicillorum (*b*). Fideicommissorum quidem caussa efficere nequit, ut testamenta in codicillos converti valeant; quum hoc tantum pendeat ex testatoris arbitrio, cujus judicium omnino sequi oportet.

IV. Sed quid dicemus de quadam imperiali sententia a Paulo relata, quâ contrarium statui videtur? Species est: Quidam in testamento alumnæ suæ, quam summe dilexerat, libertatem dedit, ac fideicommissa quoque reliquit; quum autem testamentum esset imperfectum, nec testator cogitasset de successione quasi ex codicillis, quærebatur, an delata hereditate ab intestato, alumna manumitti deberet, eique fideicommissa præstanda veluti ex codicillis? Et Imperator affirmavit (*c*): *In testamento*, ait Paulus, *quod perfectum non erat alumnæ suæ libertatem, & fideicommissa dedit. Quum omnia, ut ab intestato egissent, quæsiit Imperator, an ut ex caussa fideicommissi manumissa fuisset? & interloquutus est: ETIAMSI NIHIL AB INTESTATO PATER PETIISSET, PIOS TAMEN FILIOS DEBUISSE MANUMITTERE EAM, QUAM PATER DILEXISSET. Pronunciavit igitur, recte eam manumissam, & ideo fideicommissa etiam ei præstanda*. Cujacius arbitratur (*d*), id

(*a*) cit. l. 29. qui testamenta facere possunt, & l. 7 C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

(*b*) cit. l. 3. de testamento militis.

(*c*) l. 38. de fideicommissariis libertatibus.

(*d*) ad cit. l. 29. qui testamenta facere possunt.

id quidem admiſſum in gratiam alumnæ, quam teſtator dilexerat loco filiæ; hic autem agi de teſtamento inter liberos, in quibus licet imperfectis conſtant tamen relicta quantum ad portiones iiſdem filiis adſcriptas (*a*). Quamvis ergo clauſulam pater non adjecerit; nihilominus quantum ad alumnæ perſonam a teſtatore dilectam, creditur, voluiſſe omnimodo valere etiam ab inteſtato, quod alumnæ reliquit; atque hinc colligit Cujacius, relicta in teſtamento imperfecto ſine clauſulæ adjectione recte valere, non modo quoad filios, ſed & propinquos, uxorem, alumnos, ceteraſque perſonas, quibus veriſimile eſt omnimodo præſtari teſtatorem voluiſſe etiam ab inteſtato. Attamen meo judicio auſim affirmare, hoc referri debere ad ſpeciale Imperatoris decretum pronuntiatum favore libertatis in gratiam alumnæ a teſtatore dilectæ, licet ex conſequenti fideicommiſſa quoque præſtari juſſiſſet. Conſideratio quidem benevolentiæ teſtatoris erga alumnam effecit, ut favore libertatis manumiſſio transferretur ad quamcumque ſucceſſionis ſpeciem, quando vel fideicommiſſa præſtari oportebat, ait enim Paulus: *Pronunciavit igitur, recte eam manumiſſam & ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda*; ſi enim favore libertatis manumiſſio debebatur ab inteſtato, cauſſa non erat, cur fideicommiſſa quoque non præſtarentur. Quare, quod in hac ſpecie pronunciatum eſt in gratiam manumiſſionis alumnæ, haud crediderim ſine clauſulæ adjectione perduci potuiſſe ad ceteras perſonas tamquam a teſtatoribus dilectas.

V. Quam hactenus doctrinam expoſuimus de clauſula co-

(*a*) Hodie ex novella 107. ex imperfecto teſtamento inter liberos valent etiam legata, & fideicommiſſa extraneis relicta, ſi modo teſtamentum ſit holographum, ac teſtibus ipſis palam fuerit nuncupatum.

codicillari, five de teftamentis in codicillos transformandis ex limpida Romanorum jurifprudentia, non fine rei forenfis pernicie conturbavit Pragmaticorum infolentia. Hi quidem quum, ut folent, non viderint, unde hujufmodi claufula derivaffet, quove juris principio fuftentaretur, nec proinde perfpectam habuere ejus vim, atque poteftatem; ut nil mirum, fi eam undique lacerarint excitatis tot futilibus quæftionibus, quot refpicere poterant inutilem teftamentorum cauffam, quafi ubi teftamenti ratio deficeret, ftatim dubitatio moveri liceat, an relicta faltem valere poffent vice codicillorum; atque ex una in alteram quæftionem progredientes, eo tandem claufulæ vim adduxere, ut inter tot opinionum diffentiones haud amplius agnoveris, quid ejus nomine veniat, quo refpiciat, cujufque fit momenti in fupremis voluntatibus. Sed ne hic filentio prætereamus, quod ad fori ufum conducere poffit, non verebimur in re tam perturbata manum quoque admovere, ut fi liceat, ex folida juris doctrina, quam attulimus, dignofcamus, quid revera ftatuendum fit de hujufmodi Pragmaticorum quæftionibus.

VI. Ac primo antequam eas difputationes attingamus, quæ in jure magis confiftunt, præmittendum eft, quod potiffimum ad factum pertinet; nimirum quemadmodum ufus claufulæ *codicillaris* locum fibi vindicet in iis teftamentis, in quibus ejus adjectio dubitetur ex confueta magis notariorum formula acceffiffe, quam ex mente teftatoris. Huicquidem dubitationi facile refpondeo cum Papiniano(*a*), hanc nempe voluntatis effe quæftionem, an revera

K te-

(*a*) cit. l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

testator intellexerit utramque successionis speciem comprehendisse, an eo ignorante notario magis illam adjungere placuerit; perspicui namque juris est, ut vidimus, hoc prorsus pendere ex testatoris arbitrio, cujus tantum est eligere vel unam, vel utramque successionis speciem (a). Quod autem voluntatis spectat quæstionem, ridiculum esset sub certa regula complecti; ex facti enim circumstantiis consideratis etiam regionum moribus judicis erit cognoscere secundum ea, quæ proponantur, quid revera testatorem sensisse dicatur: ideoque ex nota juris regula, quod testamenta nequeant transferri in codicillos, nisi constiteterit, eam revera fuisse defuncti voluntatem, ut relicta in illis *quacumque ratione valerent*, facile intelligimus, quid respondendum videatur in hujusmodi quæstionibus, quæ spectant voluntatis interpretationem.

VII. Huic simile est alterum quæstionum caput, quando nempe clausula etsi non adjecta verbis expressis, tacite inesse intelligatur. Jam satis longo sermone ostendimus, quemadmodum Jurisconsulti interpretati sint hanc tacitam clausulæ intelligentiam: nimirum ut non secus admittatur, quam si aliunde appareat, testatorem de utraque successione cogitasse, quod tamen illustravimus pluribus exemplis ex juris libris collectis (b), quæque hic iterum non licet repetere. Quod autem autumant, an clausula inesse videatur in testamentis inter liberos, militum, ad pias caussas, ceterisve testationibus hujusmodi naturæ, mirum quidem est ad clausulæ vim referri, quod iis tribuitur ex speciali jure. Etenim

(a) cit. l. 1. de jure codicillorum.

(b) cit. l. 29. §. 1. qui testamenta facere possunt. cit. l. 88. §. 17. & cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

nim ubi necessaria est solemnis juris observatio in supremis, ibi oportuit clausulam adjicere, ut ita, si non valerent relicta ex testamento, saltem constarent ex codicillis, tamquam non solemnibus, inque benigniorem caussam collatis. At in illis supremis contestationibus, quæ vagantur extra juris solemnia, ac rigorem, prorsus non video, qui sit clausulæ locus. Ac sane quum miles vel nullum, vel imperfectum fecerit testamentum, an ideo dixeris voluntatem consistere, quod hæc vi clausulæ tacitæ intellectæ habeatur vice codicillorum? Quid magis ineptius, quam in militis testamento confugere velle ad codicillos; quum quoquo modo miles testetur, nuda ejus voluntas spectetur? Sive ergo miles testamentum, sive codicillos fecerit, unum idemque est testationis genus quoad juris observationes, quæ in paganis exiguntur; ideoque tantum valent testamenta, quantum codicilli, ut proinde opus non sit ad codicillos convertere ea testamenta, quæ sive imperfecta sint, sive injusta, jure suo subsistunt. Idem quoque dicendum est de ceteris testationibus, in quibus ex peculiari privilegio nec juris solemnia attenduntur, nec rigor, sed remissius considerantur. Atque in summa quibus permissum est testari extra rigidam testamentorum observationem, sive existimet testator testamentum condere, sive codicillos, una semper habetur utriusque ratio; ideoque frustra est clausulam *codicillarem* in scenam producere, quum non agitur de transformando uno in alterum testationis genus, quo illud sustentetur. Nec in testamento, puta inter liberos, si imperfectum sit, vel non rite factum, successio habetur ab intestato quasi ex codicillis, sed ex ipso testamento, utpote quod consideratur extra juris rigorem.

 VIII. Re-

VIII. Restat, ut videamus eas juris quæstiones, quas Pragmatici excitarunt de vi hujus clausulæ, sive quid hæc revera importet quoad juris effectus. Hæ quidem quæstiones totidem esse poterunt, quot spectant jus codicillorum sine testamento; ut enim jam demonstravimus, non aliud per clausulam *codicillarem* in jure intelligi, nisi, ut testamenta in codicillos transferrentur. Quare quicquid de horum jure dictum est, necessario tribuemus illi testamento, quod in eorum vertitur naturam; tantum enim valet quod quis reliquerit codicillis ab intestato, quantum ipso testamento, quod consistit vice codicillorum, ac propterea tantam vim huic clausulæ jure concesserimus, quanta jure data est ipsis codicillis sine testamento; quum nec aliud sit converti testamenta in codicillos, quam perinde haberi, ac si codicillos quis revera fecisset. Itaque quum quærimus, quid vi clausulæ *codicillaris* veniat, idem est, ac si exquiratur jus codicillorum ab intestato, quod tamen jam latius exposuimus. Vidimus quidem, quid differret a testamentorum ratione, quove conveniret; tum proprium eorum jus examinavimus, quatenus ab ceteris codicillis distinguatur, adeo ut nihil fortasse hoc loco exponendum relinquatur, quod æque non pertineret ad clausulæ potestatem considerandam. Attamen videamus, quæ sint hac de re potissima inter Pragmaticos dissidia, quibus tanta animi contentione huc illuc fluctuarint. Quatuor quæstionum capita profert Harprechtus (*a*) utrimque disputata ab innumeris fere doctrinæ forensis Scriptoribus, quæ tamen brevi expediemus, ne longius cum iis ineptire videamur.

IX. Pri-

(*a*) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1. n. 9. & seq.

IX. Prima eſt, an per clauſulam codicillarem conſiſtet quidem teſtatoris voluntas quaſi ex codicillis, ſi repudiata ſucceſſione a legitimis heredibus proximioribus, hereditas ad remotiores devolvatur? In dubium quidem verterunt, quod aperto jure manifeſtum eſt. Etenim in codicillis ab inteſtato ſive proximior, ſive remotior ſucceſſerit, æque ſemper codicilli conſtabunt: *quicumque enim ab inteſtato ſucceſſerit*, inquit Paulus (*a*), *locum habent codicilli; nam VNVS CASVS EST, NEC INTEREST, QVIS SVCCEDIT, DVM INTESTATO SVCCEDAT*. Vel ergo Pragmatici non ſatis viderunt, quid poſſent codicilli ab inteſtato, vel falſo opinati ſunt, per clauſulam codicillarem quid diverſum venire ab ipſa codicillorum natura. Quod ſi recurrant ad eam Ulpiani ſententiam (*b*), qua dicitur fideicommiſſo relicto ab eo, qui primo gradu ſucceſſerit, ſi is hereditatem repudiaverit, quæ proinde ad alterum gradum devolvatur, ſucceſſor remotior illud non debebit, ea nempe de cauſſa, quia defecit perſona certa, a qua fideicommiſſum eſt relictum: confundent profecto fideicommiſſi rationem cum clauſula codicillari. Ulpianus quidem hic agit de eo, qui ab inteſtato decedens fideicommiſſum codicillis reliquerit a primo gradu, indeque illo repudiante ad ulteriorem gradum devolvatur ſucceſſio. Quid quæſo hoc ad clauſulam *codicillarem*? Diverſum eſt fideicommittere ab inteſtato ex perſona certa, ac generali formula *quiſquis mihi heres erit*, ſive hæc exprimatur, ſive tacite intelligatur; primo enim caſu evaneſcit fideicommiſſum perſona certa re-

(*a*) in cit. l. 16. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

repudiante: altero vero debebitur, quisquis ille sit; qui succedat, sed hoc respicit magis fideicommissi, quam codicillorum rationem. Itaque, ut ad quæstionem revertamur, finge, quem testamentum nullum fecisse, quod per clausulam in codicillos vertatur; si quæras, an repudiata successione ab uno ex legitimis, alter teneatur in vim fideicommissi præstare quicquid testator jusserat, nemo sanus hoc negaverit; perspicui enim juris est, delata successione ab intestato, quisquis ille sit, qui successerit, sequi debet testatoris voluntatem veluti ex codicillis, quasi testator omnes legitimos scripsisset heredes. Si vero ponas, patrem puta instituisse heredem in testamento nullo filium suum, ab eoque nominatim fideicommissum reliquisse, atque per clausulam *codicillarem* ad eumdem filium ab intestato devoluta sit successio, quo tamen repudiante ad ulteriorem gradum hæc pervenerit: tum ex Ulpiani sententia negamus, fideicommissum deberi a legitimo remotiore, non quia per clausulam *codicillarem* fideicommissi præstatio non porrigatur ad quemcumque successorem legitimum; hoc enim adversatur expresso juri de codicillis ab intestato, ut supra ostendimus; sed quia fideicommissi ratio non patitur, ab uno *nominatim* relictum ad alterum transferri (*a*).

X. Altera qnæstio est: an præteritione postumi inscienter facta in testamento, constare possit voluntas per clausulam *codicillarem*? Iterum Pragmatici non distinguentes clausulæ vim ab relicti ratione rem perturbate disputarunt. Si quærant, an ex hujusmodi præteritione postumi con-

(*a*) Vide Cujacium in lib. 39. digestorum Juliani ad l. 3. de jure codicillorum.

confiftet quidem voluntas tamquam ex codicillis ab inteftato, aperta funt juris loca, quibus ftatuitur, agnatione poftumi codicillos non rumpi ad differentiam teftamenti, ut jam monuimus (a); & quoniam per claufulam *codicillarem* efficitur, ut teftamentum transformetur in codicillos ab inteftato, manifeftiffimum eft, hujufmodi voluntatem per claufulam in codicillos converfam haud evanefcere agnatione poftumi. Quod fi quæratur, an relicta in illa voluntate præftari debeant a poftumo, quum eum teftator omnino ignoraverit, perfpicua proftat Marcelli fententia, qua hoc negatur; ita ut non videam, quo pacto id in dubium revocetur. Atque duas fpecies Confultus proponit (b); prima eft: Pater quum fcriberet codicillos fine teftamento, unum filium habebat, fed deceffit tempore, quo alter filius jam natus effet; codicillos quidem, inquit, non evanuiffe agnatione poftumi, fed quoad relicta in illis partem dimidiam tantummodo præftabit ille filius, ad quem codicilli fcripti erant; non enim poftumus præteritus compelli poteft ad præftationem alterius medietatis, veluti non confideratus a teftatore, quum codicillos conficeret. Altera eft, fi deceflerit duobus filiis relictis, quum tamen putaret alterum eorum præmortuum; idemque hoc cafu refpondet eadem ratione: nifi quod Marcellus autumabat omnia præftari debere a filio, ad quem fcripti effent codicilli: Ulpianus vero partem dumtaxat. Quod autem pro parte præftari non poterit, nihil debebitur. *Is, qui unum filium habebat*, inquit Confultus, *quum codicillos ad eum fcripfiffet, deceffit in-*

(a) Julianus in l. 3. § de jure codicillorum, & Paulus l. 16. eodem.

(b) l. 19. eodem. Vide etiam Papiniani fpeciem in l. 11. eodem.

inteſtatus herede eo, & quem poſtea procreavit. Agnatione ſui heredis nemo dixerit, codicillos evanuiſſe. Igitur ſi nihil tum de poſtumis ſperavit, & codicilli non evaneſcent, & quæ relicta ſunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus eſt, ſolvere compellitur; non etiam poſtumus. Sed & ſi codicillos reliquiſſet duobus ſuperſtitibus filiis decedens, quum putaret, alterum ex his prius deceſſiſſe; ſimili modo dici poteſt, omnia perinde debere filium, ad quem ſcripti ſunt codicilli, atque ſi ſolus heres extitiſſet patri: (Ulpianus notat) *immo dumtaxat partem debet. Eorum tamen, quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil eorum præſtandum, quoniam illi non fuerit filio ablaturus, niſi ſolum putaret ſucceſſorem ſibi futurum*. Itaque ex apertiſſima hac Conſulti ſententia quiſque videt, agnatione poſtumi numquam rumpi codicillos; licet relicta pro parte dimidia ab altero ſucceſſore præſtabuntur, non item a poſtumo, ad quem non ſunt ſcripti codicilli; ideoque diverſum eſt quærere, an teſtamentum in codicillos transformatum penitus evaneſcat agnatione poſtumi, an a poſtumo relicta debeantur, quamquam quoad utramque quæſtionem definitio ſatis aperte appareat ex libris juris.

XI. Tertia eſt, an clauſula *codicillaris* efficere poſſit, ut præterito filio in teſtamento, aut injuſte exheredato, conſiſtat voluntas in vim fideicommiſſi, veluti ex codicillis ab inteſtato? Quicquid Pragmatici garriant, perſpicuum eſt ex duobus juris locis, voluntatem omnino evaneſcere, nec locus erit ſucceſſioni quaſi ex codicillis ab inteſtato. Hoc quidem aperte notat Paulus in Scævolam (*a*), & manifeſtius comprobat Claudius in eumdem Scævolam his

(*a*) l. 13. de inofficioſo teſtamento.

his verbis (*a*): *Nec fideicommiſſa ab inteſtato debentur ab eo, cujus de inofficioſo teſtamento conſtituiſſet, quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe; ideoque NEC ALIUD QUID PERTINENS AD SUPREMA EJUS JUDICIA VALET.* Et quidem clauſula *codicillaris* apta eſt ad transformanda teſtamenta in codicillos, vel quum ſolemnia non ſint, vel imperfecta, ut principio animadvertimus; attamen nequit efficere, ut conſtet voluntas inofficioſa. Nam qui filium injuſte exheredat, vel præterit, non ſanæ mentis fuiſſe videtur: qui autem tamquam furioſus conſideratur, nec teſtamentum, nec codicillos recte conſcribit; ideoque nequit conſiſtere furioſi voluntas ex quavis ſucceſſionis ſpecie ſive ex teſtamento, ſive ex codicillis ab inteſtato. Et quoniam per clauſulam *codicillarem* nil aliud teſtamenta exhibere valeant, niſi codicillos ab inteſtato, ubi Conſultus negat, deberi fideicommiſſa *ab inteſtato* relicta ab eo, cujus judicium de inofficioſo arguitur, ſatis liquet, hoc ſuperari non poſſe a clauſula *codicillari*; quum ipſi codicilli ab inteſtato penitus evaneſcant (*b*).

XII. Quarta demum huic conſequens eſt, nimirum ſi inſtituta a fratre turpi perſona teſtamentum inofficioſum dicatur, quod tamen per clauſulam converti queat in codicillos. Cuique patet, eamdem eſſe juris rationem in hac ſpecie; ideoque ne fruſtra in re certa amplius laboremus, quicquid dictum eſt de inofficioſo teſtamento per præteritionem, aut injuſtam filii exheredationem, accommodatur inofficioſo teſtamento perſona turpi inſtituta; quum

L æque

(*a*) l. 36. de legatis 3. (*b*) Vide Cujacium ad l. 29. qui teſtamenta facere poſſunt.

æque teſtator veluti furioſus jure habeatur ; ideoque nec codicilli ab inteſtato conſtabunt.

XIII. Pudet deſcendere ad cetera quæſtionum capita ex rabularum officina profecta ; veluti quid juris ſit , ſi clauſula concepta ſit per verba præſentis temporis , puta : *ſi non valet uti teſtamentum &c.* vel futuri : *ſi non valebit* , aliaque hujuſmodi , quæ ſane vel extranea ſunt ; vel falſo referuntur ad clauſulæ naturam ; nec niſi ridiculis verborum captiunculis pertractantur ; quum alioqui ſatis ſit expoſuiſſe ſinceram illius poteſtatem , qualis ex limpida juris doctrina proficiſcitur. Unum tantummodo hic ultimo loco monuerim ; nimirum quod etſi jure Pandectarum teſtamenta non ſolemnia transformari poterant per clauſulam in codicillos , novo tamen Imperatorum jure quum codicillis ſolemnitas quoque adjecta ſit, licet a teſtamentis diverſa , ut ſequenti capite latius oſtendemus; neceſſario proinde conſequitur , jure novo clauſulam non ſecus vim ſuam experiri , niſi in teſtamento ſaltem adhibeantur ea ſolemnia , quæ in codicillis exiguntur , quod ſane communiter receptum eſt , noſtriſque moribus utimur.

§. IX. De

§. IX.

De juris norma æque accommodata omnìbus codicillis ad teſtamentum pertinentibus ad differentiam codicillorum ſine teſtamento.

I. HActenus de jure codicillorum ab inteſtato, ſive conſiderentur facti ſine teſtamento, ſive teſtamenta ipſa in illos transformentur per clauſulam *codicillarem*; præſtat modo, ut ad eos codicillos, qui ad teſtamentum pertinent, accedamus. Quum autem codicillorum, qui ad teſtamentum fierent, tres modos Paulus diſtinxerit, ut vidimus: nimirum aut teſtamento confirmatos in futurum, aut in præteritum, aut non confirmatos, quum nempe per fideicommiſſum conciperentur; antequam ad hujuſmodi peculiares modos deſcendamus, quatenus inter ſeſe diſcriminantur, opportunius duximus hic prius animadvertere generalem juris normam omnìbus communem, quæque eos prorſus diſtinguit a codicillis ſine teſtamento.

II. Traditum eſt, omnes codicillorum ſpecies ad teſtamentum pertinentes, ſive anteriores, ſive poſteriores ſint teſtamento, ſive in eo confirmati, ſive non confirmati, uno juris principio hærere, ut nempe conſiderari debeant, tamquam teſtamenti appendiculæ, atque ſequela. Quo factum, ut Iuriſconſulti unam, eamdemque regulam omnibus conſtituentes, ita loquuntur: eos quidem *partem teſtamenti intelligi* (a), *jus teſtamenti ſequi* (b), *vireſque*

 ſuas

(a) l. 11. teſtamenta quemadmodum aperiantur. (b) l. 16. de jure codicillorum.

suas ex testamento capere debere (*a*). Ac sane eo vertitur discrimen inter hos codicillos, ac illos sine testamento: hi enim quum suis viribus subsistant, vicem proinde exhibent testamenti; at codicilli ad testamentum facti adeo considerantur tamquam illius partes, ac sequela, ut necessario jus testamenti omnino sequantur. Hinc destituto, injusto, rupto, irrito facto testamento, statim & codicilli una concidunt; tum quia deficit id, unde vires accipiant, tum quia dum totum ruit, & partem corruere necesse est. Quotquot ergo modis fieri potest, ut caussa testati ad intestati caussam devolvatur, totidem & codicilli ad testamentum facti ipso jure deficiunt; ut enim Paulus inquit (*b*): *Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, & ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto jus sequuntur ejus* (*c*). Dixi communem hanc regulam esse tum codicillis testamento confirmatis, tum non confirmatis; idcirco scripsit Julianus (*d*): *Testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit*.

§ III. Ex his consequitur, ut qui falsum testamentum dixerit, nec obtinuerit, sicuti repellitur ab hereditate, tamquam indignus, ita a relictis quoque in codicillis licet testamento non confirmatis: *Qui principale*, ait Paulus (*e*), *testamentum arguit, & a secundis tabulis repel-*

(*a*) l. 3. §. 2. eodem.
(*b*) l. 16. eodem.
(*c*) Vide etiam l. 3. §. 2. & l. 14. eodem.
(*d*) cit. l. 3. §. 2.
(*e*) l. 5. §. 14. de his, quæ ut indignis &c.

pellendus est, item a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. Etenim qui totum improbat, & partem quoque improbare videtur; ideoque si repellitur tamquam indignus ab hereditate, necessario & repellendus est ab relictis in codicillis, etsi hi non fuerint testamento confirmati; nam sive confirmati, sive non confirmati partes æque testamenti intelliguntur, ejusque jus sequuntur. Contra vero, qui partem tantum improbat, totum improbasse non videtur; pars enim toto accedit, non contra: ideoque, ut recte definit Papinianus (*a*): *Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur*; quum non videatur improbasse testamentum, qui codicillos tantum arguat (*b*). Quare utcumque codicilli conficiantur testamento facto, æque semper ex ipso testamento vires capiunt, ejusque partes omnino considerantur.

§. X.

Quo jure distinguebantur codicilli testamento confirmati a non confirmatis.

I. PErspecta generali regula de codicillis ad testamentum pertinentibus, proximum est, ut accedamus ad jus uniuscujusque peculiare servata ea faciliori methodo, qua rectius penetrare possimus in abstrusiores Jurisconsultorum sententias proditas de vario horum codicillorum jure. Atque ne rerum confusione involvamur, consulto duximus hic primum perpendere diversam juris ratio-

(*a*) l. 15. eodem.

(*b*) Vide Cujacium in lib. 6. responsorum Papiniani ad cit. l. 15. de his, quæ ut indignis &c.

tionem in codicillis confirmatis, ac non confirmatis teſtamento; quippe qui quodammodo inter ſe ſe opponuntur; deinde ſermonem flectemus ad codicillos confirmatos, vel in præteritum, vel in futurum.

II. Quod autem ſpectat confirmatos, ac non confirmatos teſtamento, res non ita expedita eſt, ut ex libris juris primo veluti aſpectu cognoſci poſſit. Tribonianus quidem, cui in mentem venerat veterum ſententias ita colligere, ut non viderentur omnino diſſentire ab nova Imperatorum voce, plurima ſane vel abſtulit, vel reſecavit; atque hac in re potiſſimum vel non integra proſtant, vel adeo confuſa, atque permixta, ut difficillimum ſit, quæ vel diſperſa ſunt in locum ſuum collocare, vel mutila aliunde petere, omniaque demum complecti ſub certa juris regula. Plane inter doctiores interpretes vel ſummus Cujacius, qui plenius egit de hujuſmodi codicillis (a), nec integre, nec fortaſſe ſatis diſtincte rem tenuit; quæ ſane Cujacium ipſum deſiderabat diligentiorem, licet nihil proferat, quod tantum virum non deceat.

III. Per codicillos teſtamento confirmatos intelligebant veteres, ut ſupra innuimus, eas minus ſolemnes voluntates, quarum teſtator meminiſſet in teſtamento, ſive ante, ſive poſt teſtamentum ipſum conficerentur; puta ſi teſtator teſtamento dixiſſet: *quos codicillos feci, aut fecero, reliquero, ſcripſero, valere volo*; contra per non confirmatos, quorum nulla haberetur mentio in teſtamento (b). Quicquid autem Boehmerus temere ſcripſerit de jure horum codicillorum, ut ſuis locis apparebit, jampridem do-

(a) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. & 15. de jure codicillorum. (b) Vide quæ ſupra diximus.

doctiores animadverterunt insigne quoddam inter illos discrimen, quo maxime inter se se opponerentur. Hereditas quidem etsi dari non poterat, nisi in solemni testamento, verbisque imperativis; legata tamen, atque fideicommissa recte relinquebantur in voluntate minus solemni, sive in codicillis, ea tamen lege, ut legata, dationes tutelæ, ac libertates directæ recte scriberentur in codicillis testamento confirmatis dumtaxat, alias non valerent: fideicommissa vero admittebantur etiam in non confirmatis. Hanc sane discriminis rationem utcumque Tribonianus in veteris juris collectione obvolvere studuerit, ne jus vetus codicillorum a novo prorsus dissentiret; nihilominus satis apparent ejus vestigia ex libris juris, quippe quæ tolli omnino non poterant ab Jurisconsultorum scriptis, nisi eorum doctrina de codicillis penitus evelleretur.

IV. Ac primo ubi mentio legatorum habetur, sæpissime legimus id factum in *codicillis confirmatis* (*a*); ubi vero fideicommissorum, tum vel codicillorum tantum, vel epistolarum nomen magis usurpatum (*b*). Item Ulpianus aperte fatetur, tutelæ dationem non nisi testamento, vel codicillis testamento confirmatis relinqui potuisse: *testamento*, inquit (*c*), *datos tutores accipere debemus etiam eos*, *qui codicillis testamento confirmatis*, *scripti sunt*. Quod si tutor daretur in codicillis non confirmatis, inutilis erat datio jure civili ex Modestini sententia; constitutionibusque Principum inductum, ut non secus consiste-

(*a*) Vide l. 35. §. 3. & l. 41. §. 2. de legatis 3. l. 18. de annuis legatis, l. 31. de legatis 1. & passim alibi.

(*b*) Vide l. 75. & ult. de legatis 2. l. 75. ad S. C. Trebel. *l.* 30. §. ult. de adimendis legatis l. 37. §. 1. & l. 78. §. 1. de legatis 3

(*c*) l. 3. de testamentaria tutela.

steret ; quam si a Consulari potestate confirmaretur: *Si pater*, ait (*a*), *in codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem, tum QUOD DEFICIT, REPLERI A CONSULARI POTESTATE constitutiones concesserunt, & secundum mentem confirmari tutores*. Præterea libertates, quæ vel directe, vel per fideicommissum relinqui poterant, primæ in confirmatis tantum, alteræ in non confirmatis, & codicillis ab intestato constabant: *Libertates directæ*, idem Modestinus (*b*), *& testamento, & codicillis testamento confirmatis recte dantur. Fideicommissæ & ab intestato, & codicillis non confirmatis relinqui possunt*. Verum quod in Pandectarum libris colligere licet ex peculiaribus quibusdam sententiis, quæ sane de Triboniani manu effugerant, manifestissime habetur ex scriptis Jurisconsultorum, quorum supersunt fragmenta, ut nullus omnino dubitandi locus relinquatur. Ita Cajus (*c*): *Legatum per codicillum relictum non valet, nisi codicilli testamento fuerint confirmati; fideicommissum vero etiam si testamento codicilli non fuerint confirmati, nihilominus debentur*. Quid apertius? Idem repetit Ulpianus (*d*): *Fideicommissum, & ante heredis institutionem, & post mortem heredis, & codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit*; & Paulus (*e*): *Codicillis, qui testamento confirmati non sunt, adscriptum fideicommissum jure debetur*. Quinimo sicuti legati datio, ita & ejus ademtio nec scribi poterat, nisi vel testamento, vel codicillis testamento confirmatis: *Legatum*, Ulpianus inquit

(*a*) l. 1. §. 1. de confirmando tutore.
(*b*) l. 43. de manumissis testamento.
(*c*) inst. l. 2. tit. 7. de fideicommissis §. 8.
(*d*) tit. 25. de fideicommissis §. 8.
(*e*) sent. recept. lib. 4. tit. 1. §. 10.

quit (*a*), *quod datum est adimi, potest vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis* ad differentiam fideicommissorum, quæ uti recte relinquebantur in quavis supremæ voluntatis specie, ita & tolli poterant. Mirum autem est, in re tam aperta Boehmerum penitus coecutisse; quum credidit (*b*), origine quidem sua codicillos non secus constitisse, nisi confirmatos testamento; sed postmodum remissum, ut relicta quoquo modo conciperentur, consisterent etiam in codicillis non confirmatis. Etenim utcumque principio nil relinqui posset in codicillis, nisi essent testamento confirmati, ut vidimus ex Plinii testimonio; aucta quidem benigna fideicommissorum ratione perspicuum est ex relatis juris locis, factum esse discrimen inter confirmatos, ac non confirmatos; ut quicquid verbis directis, sive imperativis, præter hereditatis dationem, relinqueretur, confirmatis dumtaxat; verbis vero precativis, sive per fideicommissum, vel in non confirmatis valeret. Quod sane jus tamdiu perduravit, quamdiu stetit differentia inter legata, & fideicommissa, ut capite sequenti ostendemus.

V. Verum quid caussæ est, ut legatorum datio, & ademtio, tutoris datio, ac libertates directæ non constarent, nisi codicillis confirmatis, fideicommissa vero in non confirmatis recte scriberentur; quum alioqui omnes codicilli ad testamentum pertinentes æque habeantur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento capiant? Quorsum spectat hæc tam varia juris civilis ratio, ut quod relinqui vellet verbis directis, sive imperativis, necessario scribi debuerit in codicillis confirmatis, non item quod

 ca-

(*a*) tit. 24. de legatis §. 29. (*b*) cap. 1. §. 14. suæ disputationis.

cavebatur verbis precativis? Meminisse hic oportet quæ supra monuimus de nova veluti testandi ratione Augusti ævo inducta per codicillorum, ac necessariam fideicommissorum rationem longe distincta, atque diversa ab veteri juris observatione, quæ manaverat ex lege decemvirali; quæque rigorem legis teneret, dum in illa æquitatis ratio, ac simplicior relinquentis consideraretur voluntas. Verba quidem directa in supremis ex lege erant, nec proinde ex illius rigore quidquam relinquere liceret imperativo modo, nisi solemnibus tabulis: fideicommissa vero, tamquam moribus inducta, nil vetaret, quin scriberentur etiam in tabulis non solemnibus, moribusque, forique disputatione comprobatis; ac propterea ne in leges offenderetur, veteres ad testamenta retulerunt, quod conciperetur imperativis verbis; quum alioqui nulla juris ratio repugnaret, quin fideicommissa referrent in tabulis non solemnibus, sive codicillis. At enim cur legati datio, & ademtio, tutoris datio, ac libertatis, quæ concipiebantur quidem verbis civilibus, codicillis quoque admiserint, licet testamento confirmatis? Graviter porro ferebatur, usum præsertim legatorum, qui frequentissimus habebatur, testamento dumtaxat approbari; homines enim quum e vita decedunt, magis de pluribus benemereri solent, quam ut hereditatem uni relinquant heredi; incommodum autem videbatur toties testamenta condere, quoties recordamur, quem afficere beneficio; quum quotidie amicorum cogitatio nobis offeratur. Itaque Jurisconsultis, qui tam varios etiam legandi modos invexerant, haud difficile fuit modum quoque excogitare, quo salva legis subtilitate, si non hereditatem, legata

sal-

ſaltem, ceteraque hujuſmodi, ut tutoris, ac lib ertatis dationes quodammodo ad codicillos transducerent ſine expreſſa legum offenſione, quemadmodum meditati ſunt in fideicommiſſorum introductione; atque quum viderint, non ſecus rem poſſe expediri, niſi ad fictionem confugerent, ſatis habuerunt, ſi legata relinquerentur in codicillis, qui tamen teſtamento eſſent confirmati, ea nempe obducta juris fictione, quod ob comprobationem codicillorum in teſtamento factam perinde haberi poterat, ac ſi legata ipſa relicta eſſent in teſtamento; nam qui teſtamento cavit, ſe valere velle, quod in codicillis ſcripſiſſet, aut ſcriberet, quaſi videretur in ipſo teſtamento legata dediſſe. Quo ſane reſpiciens Tryphoninus (*a*) diſerte ait, codicillorum confirmationem quoddam eorum principium in teſtamento redolere. En quomodo Conſulti viam aperire crediderunt, qua juris rigore declinato codicillis permitterent legatorum dationes; qui enim ſemel in teſtamenti confectione eam clauſulam adjiciebat, ſe nempe valere velle, quod codicillis relinqueret, id ſatis habebatur, ut quo magis vellet, tot codicillos faceret, quot legata præſtari juſſiſſet; quum facile eſſet, quo magis placuiſſet, ſcribere codicillos, tamquam non ſolemnes.

VI. Inquies fortaſſe, quid unquam opus eſſet novis fictionibus laborare, ut recte legata in codicillis ſcriberentur; quum hi ſive confirmati, ſive non confirmati, æque teſtamenti partes haberentur, vireſque ex illo caperent? nonne quod parti ſcriptum eſt videri poterat, ac ſi in toto ſcribatur? At Prudentes acute viderunt, ex illa

M 2

(*a*) l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

communi codicillorum regula, quod partes teſtamenti intelliguntur, non recte confici, in toto ſcriptum videri, quod parti ſcriptum eſt; nam falſo dixeris, parti neceſſario convenire, quod toto tribuitur. Aliud quidem eſt, quid tamquam partem totius conſideratum, ſequi oportere jus, atque poteſtatem illius, aliud parti adſcribere quod in toto reſidet; nec idcirco pedibus tribuemus, quod integro corpori convenit, licet pedes, ceteraque corporis membra vim ex toto capiant, indolemque illius ſequantur. Itaque codicilli tamquam partes, ſeu teſtamenti appendices conſiderati, id unum important, ut una cum teſtamento, vel conſiſtant, vel concidant; attamen non inde conſequitur, ſcripta in illis haberi, tamquam ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento. Enim vero, ut vidimus, qui arguit teſtamentum, codicillos quoque improbare intelligitur (*a*); qua de cauſſa æque repellitur tamquam indignus ab hereditate, ac a relictis in codicillis; quum pars, quæ in toto comprehenditur, neceſſario ſequi debeat naturam totius. Atqui falſos tantum dixerit codicillos, non aufertur ei hereditas ex teſtamento (*b*); nam qui partem improbat, totum improbaſſe non videtur, ideoque quod parti tantum tribuitur, toto adſcribi nequit. Quoniam ergo, quod codicilli conſiderarentur, tamquam partes teſtamenti, inferri non valet, ſcripta in illis perinde haberi, ac ſi ſcripta eſſent in teſtamento; aliud ſane juris principium peti oportebat, quo huic fictioni locus eſſet. Hanc porro repetere exiſtimarunt Conſulti ex illorum confirmatione in teſtamento facta, ut ita colligi poſſet, data in codicillis confirmatis videri, tamquam ſi data eſſent teſtamento:

(*a*) cit. l. 5. §. 14. de his, quæ ut indignis &c. (*b*) cit. l. 15. eodem.

to : qui enim teſtamento codicillos confirmat,ſive ſcriptos, ſive ſcribendos, perinde haberi poterat fictione juris, ac ſi revera relicta in illis in teſtamento ipſo ſcripſiſſet ; quo quidem confirmationis colore admiſerunt in confirmatis dumtaxat legata, ceteraque verbis directis concepta præter hereditatis dationem, utpote quæ ex alio juris vinculo transferri non potuit in codicillos, ut jam oſtendimus ; atque admiſſo hoc principio, fideicommiſſa quidem conſtare poterant in quavis non ſolemni voluntate ; legata vero in codicillis tantummodo teſtamento confirmatis.

VII. Quod hactenus extraximus ex intima, artificioſaque Juriſconſultorum arte planum fiet in exponenda eorum doctrina, quam diverſo modo accommodarunt codicillis confirmatis, atque non confirmatis. Primo quidem ſe offert Scævola, qui loquens de legatis in codicillis relictis, ac proinde teſtamento confirmatis hanc juris regulam proponit (*a*) : *Codicilli pro parte teſtamenti habentur, OBSERVATIONEMQUE, ET LEGEM JURIS INDE TRADITAM SERVENT.* Quod autem ſint pars teſtamenti, commune hoc ſit omnibus codicillis ad teſtamentum pertinentibus ; ſed quum dixit, eos ſervare obſervationem, & legem juris inde traditam, hoc ſane ſpectat confirmatos, de quibus in propoſito erat ſermo ; ex hujuſmodi enim regula Sabiniani, ut Scævola refert, colligere volebant ; ut relicta in codicillis confirmatis adeo teſtamento ipſo ineſſe viderentur, ut quoad omnes cauſſas eamdem prorſus juris legem ſervarent, ac ſi revera in teſtamento ſcripta fuiſſent(*b*). Apertius hoc idem de-

(*a*) l. 14. de jure codicillorum.

(*b*) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum ad cit. l. 14. de jure codicillorum.

declarat Julianus his verbis (a): *Codicillorum jus ſingalare eſt, ut quæcumque in his ſcribentur, perinde haberentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent*. Loquitur hic quidem Julianus de codicillis confirmatis, ut liquet ex exemplis, quæ ſtatim ſubdit, nempe de libertate *directa* iis relicta, quod ſane ad non confirmatos referri nequit. Atque hoc jus *ſingulare* vccat; propria enim juris regula in confirmatis hæc erat, ut ſcripta in illis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent in teſtamento, quodque non niſi ad confirmatos dumtaxat pertinebat; quum ob eorum confirmationem in teſtamento factam locus adeſſet hujuſmodi juris fictioni. Quin illud *jus ſingulare codicillorum* ſatis demonſtrat, Juliani ſententiam confirmatos tantum ſpectare; in codicillis enim non confirmatis, in quibus fideicommiſſa dumtaxat relinquuntur, non tam de *jure* quæritur, quam de nuda relinquentis voluntate (b), ut infra manifeſtius apparebit.

VIII. Ex hoc autem ſingulari jure, quod ad confirmatos tantum referebatur, prodiit ex conſequenti, ut quoad relicta in hujuſmodi codicillis non tam ſpectaretur tempus, quo revera conficerentur, quam tempus confectionis ipſius teſtamenti; ut enim diſcimus ex Tryphonino (c), ipſa codicillorum confirmatio in teſtamento facta quoddam redolet eorum principium; ideoque magis eſt, ut tempus teſtamenti ſpectetur, quam ipſorum codicillorum. Quod tamen ſequentibus exemplis illuſtrabitur. Primo jure civili cautum erat, libertatem quidem ſervo pro-

(a) l. 2. §. 2. eodem.

(b) Ulpianus tit. 25. de fideicommiſſis §. 1.

(c) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

proprio directe legari posse ; alieno vero non nisi per fideicommissum (*a*) : at si testamenti tempore servus testatoris fuisset, codicillorum vero tempore alienus, quibus directe libertas scribatur, Julianus ait, eam nihilominus valere (*b*) ; quia etsi codicillorum tempore esset alienus, confirmatio tamen in testamento habita, quum servus testatoris fuerat, efficiet quidem, ut recte libertas directa data videatur, tamquam ex testamento (*c*). Contra, ut idem Julianus subdit, si quum testamentum fieret, servus alienus esset, codicillorum vero tempore testatoris, quibus libertas directa relinquatur, inutilem esse ait dationem libertatis ; in iis enim, quæ codicillis confirmatis scribuntur, tempus testamenti, non codicillorum spectandum ; ideoque in prima specie valet legatum, in altera non item.

IX Secundo perspicui juris est, codicillos scriptos a captivo inutiles prorsus esse ; quum is testamenti factionem non habeat : attamen si quis in civitate testamentum fecerit, quo codicillos confirmet, deinde captivus scripserit codicillos, indeque postliminio reversus decesserit, tum ait Tryphoninus codicillos valere ; propterea quod etsi jure subtili videretur hoc casu attendi non debere confirmationis tempus, tamen quum decesserit in civitate restitutus, æquum videbatur eum considerari, quasi captivus numquam fuisset : *Codicilli*, inquit (*d*), *si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur jure subtili con-*

(*a*) Cajus inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(*b*) cit. l. 2. §. 2 de jure codicillorum.

(*c*) Cujacius in lib. 37 digestorum Juliani ad cit. l. 2. recte animadvertit, ex hac Juliani sententia negationem delendam esse, ut ita consentiat cum posteriori opposita specie, qua contrarium statuitur.

(*d*) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & postliminio reversis.

confirmati teſtamento, quod in civitate fecerat; ſed nec fideicommiſſum ex his peti poteſt, quia non ſunt ab eo facti, qui teſtamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate conſtituto captivo factum eſt, id eſt in teſtamento confirmatio codicillorum; & is poſtea reverſus eſt, & poſtliminio jus ſuum recepit, humanitatis rationi congruum eſt, eos codicillos ita ſuum effectum habere, qaaſi in medio nulla captivitas interceſſiſſet. Et quamquam Marcianus (*a*) tradit, ſpectari non debere tempus confirmationis, ubi codicilli fiant ab eo, qui deſierit habere factionem teſtamenti, nihilominus in hac Tryphonini ſpecie, qua teſtator poſtliminio reverſus deceſſerat, quemadmodum teſtamentum reconvaleſcit, ita & benigna ratione inductum, codicillos quoque valere tamquam confirmatos ante captivitatem, licet in captivitate confectis *jure ſubtili*, ut ait, confirmatio non prodeſſet.

X. Tertio quærit Paulus (*b*), ſi quis teſtamentum fecerit, & codicillos confirmaſſet; deinde adrogandum ſe præbeat, & ibi fecerit codicillos; demum emancipatus decedat, an hujuſmodi codicilli valeant? Plane etſi in hac ſpecie teſtamentum irritum fiat *jure civili* ſtatus mutatione, ob minimam nempe capitis minutionem; jure tamen Prætorio peti poteſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, dummodo teſtator ſui juris effectus declaraverit velle mori eodem teſtamento juxta Papiniani ſententiam (*c*), ſecundum quam accipiendus eſt hic Pauli locus, ut recte animadvertit Cl. Cirillus (*d*). Quoniam ergo huj-

(*a*) l. 7. de jure codicillorum.
(*b*) l. 8. §. 3. eodem.
(*c*) l. 11. §. 2. de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas.
(*d*) inſt. lib. 2. tit. 17. ad §. 5.

jusmodi testamentum Prætoris quidem beneficio constabat, dubitabatur, an codicilli confirmati ante adrogationem, sed facti tempore, quo testamenti factionem non haberet, valerent. Et Paulus valere respondit, non secus, ac Tryphonino visum est: nimirum quod in codicillis confirmatis tempus confirmationis spectetur. Nec refert, testatore in eodem statu non manente ejus testamentum sublatum videri jure civili, quasi nec codicilli consistere valeant sine testamento; nam satis est, jure Prætorio effectum suum habere per bonorum possessionem secundum tabulas. Quod quidem alio exemplo Paulus comprobat; *nam etsi*, inquit, *postumus natus ruperit testamentum*, *&* *decesserit*, *nihilominus codicilli valent*; quia hoc quoque casu Prætor dabat possessionem bonorum secundum tabulas (*a*).

XI. Demum si testamento quis servo legatum dederit, & deinde codicillis confirmatis eidem detur libertas, quamvis jure civili inutile videri possit legatum; servo enim proprio nequit legari sine libertate (*b*), *tamen utile esse dicemus*, ait Paulus (*c*), *quasi ab initio constiterit legatum*. Etenim libertas data codicillis confirmatis perinde habebatur, ac si scripta esset testamento; ac propterea relata libertatis datione ad tempus testamenti, una cum legato libertas quoque data videretur. Ex hactenus adductis juris locis manifestissime apparet, quo respexerit in codicillis confirmatis ea juris fictio, ut nempe scripta in illis haberentur, ac si scripta essent in testamento: quum

 po-

(*a*) l. 12. de injusto, rupto, irrito, facto testamento.

(*b*) l. 76. in fine de heredibus instituendis l. 4. C. de legatis.

(*c*) cit. l. 8. §. 5. de jure codicillorum.

posita hujusmodi regula per consequentiam factum sit, tempus testamenti, sive confirmationis spectari, quoad relicta in illis, non item codicillorum.

XII. Verum quoniam hoc juris principium, ut nempe in codicillis confirmatis testamenti tempus spectaretur, veluti profectum non e re ipsa, sed mera juris fictione sustentatum, sæpe pugnaret vel cum æquitatis ratione, vel cum aliis juris civilis regulis; factum est propterea, ut non ita late perduceretur, sed suis finibus contentum, non ultra progrediebatur, quam res ferret, ne fictionibus offenderetur in solida juris, vel æquitatis principia; quum interdum minus liceret confirmationis tempus inspicere, sed magis codicillorum. Hinc tradit primo Marcianus, relicta in codicillis non referri ad tempus confirmationis, si fiant ab eo, qui quoquo modo habere desierit testamenti factionem; obstat enim certa juris regula, quod cui jus testandi interdicitur, potestas quoque negatur conficiendi codicillos: *QUÆDAM*, ait (a), *non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, & in captivitate codicillos scribat, nam non valent. Idem est, si aliquo modo jus testamenti faciendi desierit habere.* Nec refert eos confirmari, antequam testamenti factionem amiserit: codicilli enim ad testamentum facti, sine illo consistere nequeunt; qui autem ante status mutationem scripserit testamentum, deinde capite minutus decedat, intestatus quidem moritur (b); ideoque nec codicilli valent, etsi fuerint confirmati in testamento facto ante capitis minutionem; quum sublato pe-

(a) l. 7. de jure codicillorum.
(b) l. 6. §. 5. de injusto, rupto, irrito, facto testamento.

penitus teſtamento, codicillos quoque concidere neceſſe ſit. Quod ſi teſtamentum reconvaluerit vel civili, vel Prætorio jure; propterea quod antequam moriatur, priſtinum ſtatum recuperarit; tum demum uti & teſtamentum, ita & codicilli reviviſcunt, licet codicillos feciſſet tempore, quo erat capite minutus, ut didicimus ex Tryphonino (*a*), & Paulo (*b*); conſiderantur enim, tamquam ſi in medio nulla ſtatus mutatio interceſſiſſet.

XIII. *Præterea*, ſequitur Marcianus, *in illis, quæ non juris, ſed facti ſunt, non eſt perinde habendum, quod codicillis, atque, ſi ubi confirmatio, ſcriptum eſſet. Veluti ſi ita in codicillis ſcriptum erit: veſtem, quæ mea eſt, codicillorum tempus ſpectandum, non quo confirmantur. Item: ſi Titius vivus eſt; vel: ſi tot annis eſt, codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore ſit teſtamentum, ſpectandum*. Et quidem quod proficiſcitur ex fictione juris, accommodari nequit iis, quæ merum factum reſpiciunt; ideoque licet teſtamenti tempore veſtis aliena fuerit, ſatis eſt, eam eſſe teſtatoris tempore codicillorum; ceſſat enim confirmationis regula in iis, quæ facti ſunt, non juris. Item, ſi ita codicillis legetur: *ſi Titius vivit, vel ſi tot annis ſit*, quum talis conditio ad factum pertineat, non teſtamenti, ſed codicillorum tempus ſpectatur. Atque hinc quoque intelligimus Juriſconſultorum dexteritatem; qui excogitaverant quidem fictiones, ut legis rigorem declinarent; attamen ubi quid conſiderandum eſſet extra juris vinculum, quod quidem in facto

(*a*) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

(*b*) cit. l. 8. §. 3. de jure codicillorum.

consisteret, iterum revertebantur ad rerum simplicitatem quacumque fictione sublata.

XIV. Æquitatis quoque caussa interdum factum est, ut cessaret regula confirmationis vel in iis, quæ juris essent, recteque Javolenus scripsit (*a*): *omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*. Quippe æquitatis rationi adversatur, eamdem juris regulam perpetuo servari in tanta factorum varietate, qua eam sequi non possumus, quin offendamus in præcipuam æqui, rectique normam. Quod autem ad rem nostram pertinet, sequentibus exemplis manifestabitur. I. Lege Ælia Sentia cautum erat, ne testator, qui creditoribus non sit solvendo, testamento manumitteret, præter quam unum servum, quem & instituat heredem (*b*). Finge modo, eum solvendo non fuisse tempore, quo condidit testamentum, at solvendo quidem esse codicillorum tempore, quibus libertates dedisset: quærebatur, an ob codicillorum confirmationem relatis manumissionibus ad tempus testamenti, in legem incurrisse videretur; ita ut manumissiones non constarent? Respondet Julianus (*c*): *eum, qui codicillorum tempore solvendo sit, recte libertatem dare placuit, quamvis testamenti facti tempore solvendo non fuerit*. Etenim æqua ratio non patiebatur, ut juris fictionibus manumissiones tollerentur, quarum quidem favorabilior est caussa. Pari ratione quum eadem lege Ælia Sentia vetaretur minoribus xx. annis manumittere, nisi vindicta, justaque caussa apud consilium probata (*d*); si quis major quidem xx. annis codicillis libertates dederit, quos

(*a*) l. 202. de regulis juris. (*b*) l. 27. qui, & a quibus manumissi &c. (*c*) l. 4. de jure codicillorum. (*d*) Inst. lib. 1. tit. 6. §. 4.

quos ante testamento confirmarat, quum minor xx. annis esset: an idcirco libertates conciderint? Et Imperatores Severus, & Antoninus ratas eas haberi rescripserunt (a): *si codicillos major xx. annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est: nec enim potestas juris, sed judicii consideratur*. Potior quidem est caussa manumissionis, quam confirmationis regula ex fictione juris profecta, qua referuntur codicilli ad tempus testamenti, ideoque hoc casu nec attenditur confirmationis tempus, sed ipsorum codicillorum.

XV. Deinde si miles testamentum fecerit, codicillos vero post militiam; hi quidem licet testamento confirmati: tamen jus commune sequuntur, non militare, ne spectata confirmationis regula utraque testandi ratio perturbetur, ideoque inquit Cajus (b): *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, & intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis juris civilis regulam spectari debere: quia non sunt a milite facti. Nec ad rem pertinere; quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse; at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse*. Longius enim perductum esset militum privilegium, si legata scripta in codicillis factis post militiam, accipi deberent jure militari: propterea quod essent confirmati in testamento in militia facto; ideoque haud spectato confirmationis tempore ad jus commune eos referendos Consulti putarunt: quo consequitur, ut lex Falcidia locum non haberet in legatis scriptis in testamento facto in militia; bene vero in

(a) l. 1. C. de testamentaria manumissione. (b) l. 17 §. 4. de testamento militis.

in relictis codicillis post militiam; licet testamento confirmatis. Contra si ante militiam quis testamentum fecisset, in militia vero codicillos, tum hi valent jure militari: &, ut Paulus inquit (a): *certe codicilli militiæ tempore facti non debent referri ad testamentum*; atque ne confunderetur jus commune cum militari, existimarunt, attendi non debere confirmationis regulam, sed tempus ipsum codicillorum.

XVI. Præterea si codicillis testamento confirmatis quid mortuo legatum sit, qui tamen vixerat confirmationis tempore, legatum omnino habetur pro non scripto, nec proinde incidit in caussam caduci, ut a Fisco vindicetur, sed hereditati accrescit (b). Utcumque autem Cujacius putaverit, hoc sane inductum in odium Fisci, ne regula confirmationis attendatur (c); satius est rationem petere a Scævola (d): nimirum quod in legatis primum est, ut quæramus personam, cui detur, tum considerandum venit, an datum consistat, quave juris ratione. Quum ergo deficiat persona, cui detur, frustra quærimus, quemadmodum legatum consistere possit; ideoque ubi mortuo codicillis legatur, licet legatarius vixerit confirmationis tempore, non idcirco fiet, ut legatum habeatur in caussa caduci; quum enim desit persona, cui detur, magis est, ut legatum consideretur pro non scripto.

XVII. Quamquam autem in specie legati mortuo relicti in codicillis confirmatis idem placuisset Proculianis, ac Sabinianis; nihilominus in altera specie non multum a pri-

(a) cit. l. 8. §. 4. de jure codicillorum.
(b) l. 2. §. 1. l. 6. §. ult. & l. 14. eodem.
(c) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. & 15. eodem.
(d) cit. l. 14.

prima diſſimili facta eſt diſſenſio inter utramque ſcholam, quæque ita a Scævola traditur (*a*): Pone ex teſtamento, quem inſtitutum ex aſſe, cui detur ſubſtitutus: Poſt factum teſtamentum, mortuo inſtituto, teſtator codicillis jam teſtamento confirmatis, vel adſcribat, vel adimat quædam legata, veluti ab inſtituto: Quærebatur, an datio, vel ademtio referri deberet ad tempus codicillorum, an potius confirmationis? ſi primum, inutilis fiebat vel datio, vel ademtio; quum enim tempore codicillorum deficeret perſona heredis inſtituti, a quo vel dari, vel adimi juſſerat, id profecto pro non ſcripto habebitur. Sin alterum, conſequitur, codicillos quidem conſtare; nam ſi quicquid hujuſmodi codicillis ſcribitur, datum videtur teſtamento, etſi inſtitutus defecerat, quum codicilli conſcriberentur; ſubſtitutus tamen præſtare tenetur quicquid vel re ipſa datum eſt teſtamento, vel datum in eo videatur per codicillorum confirmationem. Sabiniani quidem regulam conſtanter tenentes, qua confirmationis tempus ſpectatur, codicillos omnino valere contendebant. Proculiani contra negabant, quorum ſententiam ſequutus eſt Scævola, qui tamen, ut Sabinianos argueret, ita rem expedit. Et quidem utraque ſchola admiſerat, legata quidem pro non ſcriptis haberi, quum mortuo codicillis legetur, qui tamen vixerat confirmationis tempore: quo caſu tempus omnino codicillorum ſpectatur, non confirmationis; ita namque ſentit Julianus (*b*), qui certe Sabinianus erat. Hoc præmiſſo ita Scævola argumentatur: Idem haberi debet, quum quid *mortuo* detur, vel adimatur in codicillis, ac quum detur, vel adimatur *a mortuo*; par enim

(*a*) cit. l. 14. (*b*) cit. l. 2. §. 1. eodem.

enim utriusque esse ratio videtur, atque ut vani efficiuntur codicilli, si quid mortuo his legetur, licet legatarius confirmationis tempore viveret; ita inutiles fieri debent, si a mortuo detur, vel adimatur, etsi tempore confirmationis persona, a qua datur, vel adimitur, in rebus humanis esset. Etenim quum in legatis primo loco spectari oporteat persona, cui detur, quam ut juris regulæ attendantur, consentaneum est, pari ratione spectari quoque debere & personam, a qua dari, vel adimi valeat. *In proposito igitur*, Scævola concludit, *quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademtio, & datio nunc vana efficietur. Quod si* (alteram speciem proponit ab ea diversam) *duo instituti sunt, substitutis datis, unusque eorum decesserit, utilia videntur legata*; nam alter institutus, qui superest, præstabit solida legata, perinde ac si ab eo solo relicta essent (*a*).

XVIII. Hactenus de codicillis confirmatis. Præstat hic aliqua addere de non confirmatis, de quorum tamen jure potissimum egimus, quum de confirmatis una loquuti sumus. Hi quidem codicilli generales juris regulas sequuntur, quæ respiciunt ceteros codicillos ad testamentum pertinentes. Etenim & vires suas ex testamento capiunt, illiusque jus omnino sequuntur, partesque testamenti intelliguntur: ita ut eo sublato & codicillos corruere necesse sit. Sed quia carent confirmatione, non secus relicta in illis admittebantur, quam si precativis essent ver-

(a) Vide Cujaclum loco cit.

verbis concepta; qua de caussa Paulus eos appellavit *per fideicommissum factos*; ideoque differunt a confirmatis, quantum ad eas peculiares juris regulas, quæ confirmationis naturam sequuntur. Quicquid ergo scriptum est hujusmodi codicillis, non perinde habetur, ac si scriptum esset in testamento, ut in confirmatis; nec tempus testamenti, sed ipsorum codicillorum spectatur; quum nequeat accommodari ea juris fictio, quæ confirmatos dumtaxat respicit. Nomen quoque sortiti sunt a confirmatis quodammodo diversum; quum non tam Jurisconsulti eos proprie *codicillos* appellaverint, quam *epistolas*, sive *epistolas fideicommissarias*, ut ex libris juris apparet, quibus *epistolarum* nomine potissimum veniunt, ut jam principio monuimus. Et quidem codicillorum vocabulum pressius acceptum, non nisi ad confirmatos tantum referebatur; quorum jus ex disputatione fori profectum, quamdam veluti juris civilis partem composuerat, præsertim quod imperativa verba iis permitterentur, quæ ex jure civili erant; ideoque proprium juris nomen iis datum est, *codicillorum* nempe, quo distinguerentur ab ea non solemni voluntate, quæ fideicommissa tantummodo exhibebat, quæque communi magis, sive vulgari *epistolarum* nomine veniret. Summa ergo ita esto: Apud veteres generali codicillorum significatione intelligebatur quidem, quicquid relinqueretur per non solemnem voluntatem, sive hoc fieret verbis civilibus, sive precativis: quum vero speciatim indicare vellent eam non solemnem voluntatem, qua legata constarent, *codicillos* proprie nominarunt, sive *codicillos confirmatos* majoris demonstrationis caussa; quod vero attinebat ad relicta per fideicommissum, vulgari nomine *epi-*

ſtolarum appellarunt, ſive *epiſtolæ fideicommiſſariæ*. Quod tamen quum non ſatis animadvertiſſent noſtri interpretes, tot futiles differentias excogitarunt inter codicillos, & epiſtolas, quot commenta quoque prodidit Boehmerus (*a*), quum aliorum opiniones convellere conatur, ut unam faceret utriuſque rationem pluribus tantum vocabulis ſignificatam.

XIX. Ac ſane apertiſſime Boehmerus redarguitur ex quodam Scævolæ loco, qui luculenter diſtinguit *codicillos* ab *epiſtola*; quatenus in illis legata, in hac fideicommiſſa continerentur. Ita loquitur Conſultus (*b*): *Codicillis confirmatis ita cavit: omnibus autem libertis meis, & quos vivus, & quos his codicillis manumiſi, contubernales ſuas, item filios, filias, lego*. Perſpicuum eſt, teſtatorem hujuſmodi codicillis legatum ſcripſiſſe. *Idem* (ſequitur Scævola) *poſtea PETIIT ab heredibus ſuis, ut regionem Umbriæ, Tuſciæ Piceno coheredes uxori ſuæ reſtituerent cum omnibus, quæ ibi erunt, & mancipiis ruſticis, vel urbanis, & actoribus exceptis manumiſſis*. (Satis apparet, hæc verba ad fideicommiſſum ſpectare) *Quæſitum eſt, quum Eros, & Stichus ſervi in diem vitæ teſtatoris in Umbria, in Piceno actum adminiſtraverint; ſint autem Damæ, quem teſtator vivus manumiſerat, filii naturales, utrum eidem Damæ ex verbis CODICILLI ab heredibus præſtandi ſint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis EPISTOLÆ pertineant? Reſpondit, ex CODICILLIS ad patrem eos naturalem pietatis intuitu pertinere*. Itaque diſtinguit Conſultus codicillos antea factos, in quibus legata continebantur libertis relicta, ab epiſtola poſteriori, qua teſtator *fideicommiſſa* uxo-

(*a*) cap. 1. ſuæ diſputat. §. 6. 7. & 8.
(*b*) l. 41. §. 2. de legatis 3.

uxori suæ reliquerat : primam quidem scripturam *codicillos* appellat ; alteram vero *epistolam* . Agnoscit & ipse Boehmerus in hoc Scævolæ loco (*a*) , diverso quidem nomine eas scripturas appellari ; sed quum non vidisset , quo discrimen pertineret , existimat , Consultum vocabulorum copia delectari. Quid Scævola indignius ? aut quid hac interpretatione ineptius ? Papinianus quoque ita distinguit codicillos ab epistolis , quum ait (*b*) : *Plane si sui juris effectus CODICILLIS , aut aliis LITTERIS eodem testamento se mori velle declaraverit &c.* quibus verbis satis discriminat codicillos proprie dictos ab aliis litteris, nempe epistolis . An Papinianum pariter verbosum dixerit Boehmerus ?

XX. Quoniam autem codicilli per fideicommissum facti imitari videntur quodammodo codicillos ab intestato , in quibus voluntas æque scribitur per fideicommissum ; hinc factum , ut quemadmodum testamenta vel imperfecta, vel non jure, facta transformari poterant in codicillos ab intestato, ut diximus, per clausulam *codicillarem* ; ita receptum est , ut primum testamentum ruptum quidem per posterius converti posset in codicillos ad posterius testamentum pertinentes ex caussa fideicommissi , si testator declaret in posteriori testamento , valere velle etiam priores tabulas : *Si paganus* , inquit Ulpianus (*c*) , *qui habebat jam factum testamentum , aliud fecisset , & in eo comprehendisset , fidei heredis committere , ut priores tabulæ valerent , omnimodo prius testamentum ruptum est . Quo rupto potest quæri , an vice codicillorum id valere deberet, & quum hæc*

(*a*) cit. cap. 1. suæ disput. §. 6. (*b*) l. 11. §. 2. de bonorum possess. secundum tabulas. (*c*) l. 12. §. 1. de injusto , rupto , irrito , facto testamento.

hæc verba sint fideicommissi, & sine dubio universa, quæ illic scripta sunt, in caussa fideicommissi erunt, non solum legata, & fideicommissa, sed & libertates, & heredis institutio. Itaque quum testator in posterioribus tabulis fidei heredis committat, ut priores quoque tabulæ serventur, etsi prius testamentum jure rumpatur per posterius; tamen ex caussa fideicommissi convertitur in codicillos, & ita voluntas servatur, non quidem jure testamenti, sed codicillorum ad posterius testamentum pertinentium. Idem Ulpianus quoque statuit in milite, si in posterioribus tabulis expresse fidei heredis committat, ut valerent tabulæ priores. *Quærebatur*, inquit (*a*), *si miles, qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset; & in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulæ valerent, quid juris esset? Dicebam: Militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur; quum & ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere..... Secundum hæc in proposito referebam, si hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum testamentum, id quod cavit, valere oportere; ac per hoc effici, ut duo testamenta sint. Sed in proposito quum fidei heredis committatur, ut valeat prius testamentum, apparet eum non ipso jure valere voluisse, sed magis per fideicommissum, id est in caussam fideicommissi, & codicillorum vim prioris testamenti convertisse*.

§. XI. De

(*a*) l. 19. de testamento militis.

§. XI.

De codicillis confirmatis in præteritum, aut in futurum; deque varia juris ratione inter codicillos anteriores, ac posteriores testamento.

I. QUum jam plenius exposuerimus, quid juris peculiare fuerit in codicillis confirmatis, ac in non confirmatis, sive factis per fideicommissum; superest ultimus disputandi locus de confectis ante, vel post testamenti tabulas, ut nempe cognoscamus, an eadem esset in utrisque juris ratio, an diversa; quove pacto inter se se vel convenirent, vel differrent. Et quoniam, ut vidimus, differentia inter verba imperativa, ac precativa effecerat, ut primo modo concepti, non aliter codicilli constarent, nisi testamento essent confirmati; altero vero modo confirmationem non exigebant: ut in proposito de codicillis anterioribus, vel posterioribus testamento jus cuique proprium aperiamus, multum interest hic quoque distinguere, quid in legatis, quidve in fideicommissis obtinuerit; sive quid juris fuerit in anterioribus, ac posterioribus, quibus aut legata, aut fideicommissa continerentur. Paulus quidem (a) inter quatuor codicillorum modos refert eorum confirmationem; vel *in præteritum*, quum nempe anteriores sint testamento; vel *in futurum*, quum posteriores. Plane quod pertinet ad posteriores testamento explorati juris est, ut ostendimus, valere quidem in illis relicta per ver-

(a) cit. l. 8. de jure codicillorum.

verba civilia, si testamento confirmarentur; fideicommissa vero etiam in non confirmatis. At de anterioribus testamento res non est expedita, tum ob difficiles quosdam juris locos, qui quodammodo pugnare inter se se videntur, tum ob tam varias interpretum expositiones, quæ fortasse quin illos dilucidare valeant, parum est, ut nodum non reddiderint inexplicabilem.

II. Sed antequam offendamus in spinosiora, præstat hic primum eam proferre juris doctrinam de codicillis anterioribus testamento, quæ fortasse ita explorata sit, ut in dubium minime revocari queat: qua perspecta rectius deinde poterimus ad minus expedita accedere. Quicquid dicitur de relictis per verba directa in codicillis factis post testamentum, nemo quidem sanus negaverit in codicillis testamento anterioribus; utcumque enim scribantur ante testamentum, palam est intellectu posteriores haberi; quum tamquam illius partes, sive appendices ejus naturam omnino sequantur, perinde ac si posteriores revera testamento fuissent. Hinc est, ut quantum ad relictorum caussam parem profecto juris rationem agnoverimus in posterioribus æque, ac in anterioribus; quum enim verba civilia ideo codicillis concessere, quod ob eorum confirmationem in testamento factam testamento datum videretur, quicquid in illis scriptum esset; caussa non est, cur hoc magis posterioribus tribueretur, quam anterioribus, quasi legata in illis valerent ex testamento, in his ex codicillis; quod prorsus absonum est a recta juris ratione. Et quidem quoties Jurisconsulti loquuntur de necessaria codicillorum confirmatione in legatis, numquam distinxere posteriores ab anterioribus testamento, sed regulam ge-

generaliter posuere, quæ certe aptari non poterat magis unis, quam alteris. Tum Paulus, ubi profert varios codicillorum modos, expresse loquitur de *confirmatis* tum in futurum, tum in præteritum. Quid autem oporteret specialem modum constituere de *confirmatis in præteritum*, si legata valerent, etiamsi testamento postea sequuto codicilli non confirmarentur? Præterea quum ex Senatusconsulto Liboniano inutilia fierent ea legata, vel fideicommissa, quæ quis manu sua sibimet adscripsisset (*a*), dubitari poterat, an relicto quidem legato in codicillis factis ante testamentum, legatarius in testamento postea sequuto, tantum scribens illorum confirmationem, incidet in Senatusconsultum? Et Paulus affirmat (*b*): *Qui codicillos*, inquit, *ante testamentum factos, in quibus legatum ei adscriptum erat, CONFIRMAT, in Senatusconsultum incidit, quod & Julianus scribit*. Hoc ideo, quia non aliter legata scripta in codicillis valerent, nisi testamento hi essent confirmati; ac propterea etsi legatum esset codicillis anterioribus, quum tamen legatarius confirmationem scripserit, perinde haberetur, ac si legatum ipsum scripsisset; ideoque S. C. tenetur. Demum Imperatores Diocletianus, & Maximianus ita rescripserunt (*c*): *Sive initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, sive novissime relicta servari mandaverit, CONFIRMATIONE MUNITUS nullam justam gerere sollicitudinem potes*. Plane ætate horum Imperatorum jus adhuc perdurabat, ut codicilli confirmarentur, sive ante, sive post testamentum fierent, ut legata consisterent.

III. Ve-

(*a*) l. 6. & 15. de lege Cornelia de falsis. (*b*) l. 22. §. 6. eodem. (*c*) l. 6. C. de codicillis

III. Verum quamquam quoad relictorum naturam una statuenda videatur juris ratio in codicillis, tum posterioribus, tum anterioribus testamento; quum nulla caussa sit, cur distingui valeant: instant nihilominus duo difficiliora juris loca, quæ hactenus interpretum ingenia exercuere; unum quidem Papiniani in Pandectis transcriptum; alterum Triboniani in institutionibus, quo refertur quoddam rescriptum Severi, & Antonini, quin mentio habetur de quadam Papiniani sententia longe diversa ab illa, quæ prostat in Pandectis: ita ut nedum Papinianus opponi videatur rescripto Imperatorum; sed, quod magis est, Tribonianus ipse nec sibimet constat, quum Papiniano tribuit, quod ex illius sententia in juris libris relata aliud revera appareat. His difficultatibus accedunt tam variæ, ac inter se se oppositæ interpretum opiniones, ut undique res implicatior magis facta sit. Verba Papiniani sunt (a): *Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur; aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. *Indicio* legitur in Florentinis, *judicio* in vulgatis. Tribonianus contra ita loquitur (b): *Sed quum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur*. Quod Tribonianus hic de Papiniano refert, haud concordare videtur cum ipsamet Consulti sententia; hic enim, ut ex verbis liquet, desiderabat in codicillis anterioribus, vel expressam confirmationem postea sequutam, sive in testamento, sive in aliis codicillis posterioribus, vel tacitam saltem voluntatis significationem,

quæ

(a) l. 5. de jure codicillorum. (b) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1

qua quidem retineatur ejus judicium in codicillis declaratum: *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. At Tribonianus credidit, Papinianum voluisse specialem confirmationem; deinde sequitur: *Sed Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti; si appareat, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse*. Quibus verbis colligi videtur, Imperatores quid diversum rescripsisse ab ea Papiniani sententia, de qua prius Tribonianus loquutus est; nam aliud est, codicillos anteriores non secus valere, quam *si speciali postea voluntate confirmentur*, aliud posse quidem fideicommissum peti, si appareat, testatorem non recessisse a voluntate in codicillis expressa. Quod si conferre velimus hujusmodi rescriptum cum Papiniani sententia in Pandectis transcripta, magis inter se se convenire videntur, quam dissentire, nisi illa verba: *quocumque indicio retineatur* interpreteris pro quavis animi significatione; & contra illud: *si appareat non recessisse* pro non revocata voluntate. Rescriptum quidem Imperatorum non exstat, nisi quantum ex Triboniano audivimus; Papiniani vero sententia praeter id, quod Tribonianus refert, non alia prostat, nisi quam ex Pandectarum libris attulimus. Quid arbitrari liceat in tanta rerum ambiguitate?

IV. Hotomanus (*a*), & Duarenus (*b*) ita rem transfigunt. Tribuunt primo Triboniano ea ultima verba in Papiniani sententia: *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*; ita ut demtis illis verbis, appareat, Papinianum

P

(*a*) Inst. lib. 2. tit. ult. (*b*) disput. anniverf. lib. 2. cap. 42.

num desiderasse specialem confirmationem, uti in institutionibus Tribonianus refert; & ita opponunt Papinianum rescripto Imperatorum, quo satis est, ut a voluntate in codicillis scripta postea non recedatur. Tum credunt, Tribonianum ideo interpolasse Papiniani sententiam, ut ita cum rescripto consentiret; ac proinde eumdem sensum, putant, redolere illud: *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*; ac illud: *si appareat, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse*; quasi Imperatores quoque desiderarint quamdam tacitam animi significationem, qua retenta voluntas appareret. Verum, si veritatem amemus, interpolatio, quam Triboniano adscribunt, divinationem sapit magis, quam interpretationem. Præterea quid opus erat hujusmodi interpolatione, si referens Papiniani sententiam expresse fatetur, eum voluisse specialem confirmationem adversus Imperatorum rescriptum? Si ergo illa verba Triboniano tribues, ne aliter Papinianus ab Imperatoribus dissentire videretur, cur idem Tribonianus in institutionibus in Papiniano quid diversum a rescripto agnoscere videtur? Demum nimis durum videtur, Papinianum in libris præsertim responsorum, unde ea lex sumta est, improbasse Imperatorum decretum, quod notum ei esse debuerat; nisi rescriptum posterius feceris: quod nescio, an recte suspicari possit.

V. Antonius Faber contra (a), quicquid aliter antea sensisse fateatur, re melius perpensa, credidit Triboniani caussam tueri, dum integram, uti prostat, sententiam Pa-

pi-

(a) lib. 15. conject. cap. 15.

piniano adſcriberet. Contendit tamen, eam revera reſcripto opponi; ita ut recte Tribonianus agnoverit in reſcripto quid contrarium a Papiniani ſententia. Etenim ubi Conſultus ſtatuit, neceſſariam eſſe, vel expreſſam confirmationem poſtea ſequutam, vel ſaltem tacitam aliquo argumento ductam: Imperatores ſatis habuerunt, voluntatem non eſſe revocatam: ac propterea illa verba: *ſi appareat &c.* ita accipienda eſſe credit: *niſi appareat*, vel ut Theophilo placuit (*a*), *niſi oſtendatur*, *teſtatorem ab his, quæ in codicillis ſcripſerat, receſſiſſe*: Secundum Papinianum quidem non conſtat voluntas, niſi probetur eam retentam eſſe: at ſecundum Imperatores valet, dummodo non probetur fuiſſe revocatam. Nolim quidem cum Fabro admittere, Papinianum revera diſceſſiſſe ab Imperatorum decreto, niſi res aliter componi valeat; nec proinde probaverim illud: *ſi appareat non receſſiſſe* accipi debere, ac: *niſi appareat receſſiſſe*; quum longe diverſa ſit prima ab altera enunciatione; nam *ſi appareat* idem valet, ac ſi probetur, teſtatorem non receſſiſſe; nimirum ſi aliquo argumento retenta voluntas demonſtretur; at *niſi appareat receſſiſſe* importat voluntatem non eſſe revocatam; nec plane video, cur recedendum ſit a ſimplici verborum intelligentia.

VI. Cujacius vero utcumque in libris reſponſorum Papiniani (*b*) idem ſenſerit, ac Hotomanus, & Duarenus quantum ad Triboniani interpolationem in Papiniani ſententia; in obſervationibus tamen (*c*) rem magis interpretandam aggreditur, quam ut Tribonianum arguat:

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1.

(*b*) lib. 7. reſponſorum Papiniani ad cit. l. 5. de jure codicillorum.

(*c*) lib. 18. obſer. cap. 7.

Atque ſcite diſtinguit in codicillis anterioribus teſtamento ea, quæ relinquuntur verbis directis, ut ſunt legata, a fideicommiſſis. Etenim quoad primum relicti genus apertiſſimi juris eſt, codicillos numquam conſtare poſſe, ſi teſtamento poſtea ſequuto non confirmentur, uti ſervatur quoque in codicillis poſterioribus; at quoad fideicommiſſa, quæ, ut vidimus, recte relinquuntur in non confirmatis, vel factis ab inteſtato, nulla cauſſa eſt, cur codicilli licet anteriores ſpecialem confirmationem deſiderent; ideoque recte Imperatores reſcripſerunt, ſatis eſſe, ſi probetur retenta voluntas, ſive, quod idem eſt, ſi appareat, teſtatorem ab illis recedere noluiſſe (*a*). Quamquam autem hæc tantum innuere Cujacius videtur, ut proinde majori illuſtratione indigeant: nil tamen ſolidius afferri poterat, quod rectius conduceret ad genuinam expoſitionem, tum ſententiæ Papiniani, tum reſcripti Imperatorum, ut planius mox fiet.

VII. Noviſſime tandem Cornelius van Bynkerſhoekius (*b*) ſummo ſtudio conatur Triboniani cauſſam tueri, ne dicatur, in Papinianum manus injeciſſe. Quantum vero ad legum interpretationem plura tentavit, dum nec abhorret a variis aliorum opinionibus: ita tamen, ut nil certi ſtatuat, ſatis habens, Tribonianum ſuum a crimine falſi vindicaſſe. Atque hæ ſunt præcipuæ interpretum ſententiæ, in quas ceteri iverunt.

VIII. Inter tot opinionum diſſidia haud veremur face ſummi Cujacii rem omnem ita componere, ut in illarum legum interpretatione conſtanter quoque teneamus eam co-

(*a*) Idem quoque ſentit Giphanius, inſt. l. 2. tit. ult.
(*b*) lib. 8. obſer. cap. 13

codicillorum doctrinam, quam veluti e radice sua hactenus extraximus. Quod ut rectius fiet, primum est, Papiniani sententiam intueri, uti prostat in Pandectarum libris, ne aliter videremur divinationis potius, quam juris artem profiteri; deinde ad Tribonianum una cum Imperatorum rescripto ab eo relato accedere. Ut ergo a Papiniano exordiamur: *Ante tabulas testamenti*, inquit, *codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. Hac quidem sententia Consultus nec de relictis per verba directa, nec precativa nominatim agit; sed generaliter loquitur de codicillis anterioribus testamento: nimirum quo pacto constare possint; & quoniam notum est, utrumque relicti genus in illis admitti; credendum est, Papinianum utrumque una comprehendisse; nam dum proponit doctrinam, qua hujusmodi codicilli regantur, necessario complecti debuerat, tum relicta per verba directa, tum per precativa; ne aliter rem imperfecte attigisse dicamus, quod de Papiniano præsertim ne suspicari quidem licet. Atque quoad relicta verbis directis jam demonstravimus idem jus commune fuisse, tum posterioribus, tum anterioribus testamento; ideoque recte Papinianus primo loco ait, codicillos factos ante testamentum non aliter valere, *quam si testamento, quod postea factum est, confirmentur*. Sed urget hic BYNKERSHOEKIUS, quid est, quod vel testamento confirmari debere ait, vel *aliis codicillis*? An legata valerent, si codicilli confirmarentur quidem non testamento, sed aliis codicillis, ut semel Cujacio placuit(a)? Re-

(a) cit. lib. 7. responsorum Papiniani ad cit. l. 5. de jure codicillorum.

Respondeo, certissimi juris esse, ut legata non aliter valerent, nisi codicilli essent testamento confirmati, non item aliis codicillis. Etenim, ut latius supra ostendimus, ideo quoad relicta per verba directa codicilli confirmari debuerant testamento, quod, quum ex legis rigore non liceret præter quam in solemnibus tabulis uti verbis civilibus, Jurisconsulti, ut legem fraudarent, adhibuerunt quidem eorum confirmationem in testamento; quia hoc pacto per fictionem saltem juris scripta in codicillis videri poterant, ac si scripta essent in ipso testamento. Hoc autem dici nequit de confirmatione facta in aliis codicillis, quod idem est, ac in alia non solemni scriptura; ideoque eodem juris principio, quo legata constabant in confirmatis testamento, inutilia prorsus fiebant in confirmatis in aliis codicillis: ridiculum enim esset, voluntatem non solemnem ex altera simili capere eam vim, quæ uti non solemnis, sibi negabatur. Sed cur Papinianus ait, eos confirmari quoque posse aliis codicillis? Distinguere hic oportet duos varios confirmationis effectus: unum, qui ad jus pertinet, alterum, qui respicit retentam testatoris voluntatem. Quæ autem confirmatio testamento comprehendebatur, utrumque sane effectum continebat: at confirmatio habita in alia non solemni scriptura illum tantummodo continet, ut dicatur, testatorem in novissima scriptura comprobasse eam voluntatem, quam scripserat ante testamentum. Quum ergo Papinianus inquit, non aliter codicillos testamento anteriores valere, quam si aut testamento confirmentur, aut codicillis, aut voluntas retenta probetur quocumque indicio, una complexus est quodvis relicti genus; unaque oratione regulam

lam proponit, quæ accommodari poterat cuivis codicillo testamento anteriori, sive de legatis, sive de fideicommissis agatur: legata quidem valent per confirmationem in testamento; fideicommissa vero vel in testamento, vel in aliis codicillis posterioribus, sive expresse fieret, sive saltem tacite ex aliquo voluntatis indicio ducta. Atque confirmatio, quæ refertur ad relicta per verba directa, testamento tantum fieri debet; quippe quæ adhibetur, nedum ut voluntas retenta habeatur, sed ut legata ex testamento valere dicantur: ea vero, quæ requiritur in relictis per fideicommissum, quum attingat dumtaxat probationem retentæ voluntatis, satis est, si fiat in quavis novissima scriptura licet non solemni, sive expresse, sive tacite; nam fideicommissa, ut diximus, non exigebant confirmationem in testamento; quum non ex lege, sed ex voluntate tantum relinquentis proficiscerentur; ideoque ubi de voluntate constiterit, nil amplius desiderabant.

IX. Verum quid caussæ est, ut una quidem fuerit juris ratio quoad relicta per verba directa in codicillis factis tum ante, tum post testamentum, scilicet quod speciatim confirmari debebant solemnibus tabulis; quoad fideicommissa vero differant posteriores ab anterioribus, ut in illis quidem satis sit, testatorem voluntatem suam declarasse, contraque in his juxta Papiniani sententiam non aliter valent relicta, nisi vel testamento postea sequuto, vel aliis codicillis, sive expresse, sive tacite testator significaverit, se ratam habere velle voluntatem jam in codicillis declaratam? Nonne sive anteriores sint, sive posteriores, æque semper habentur veluti ipsius testamenti pars,

pars ; atque ſequela , ſive de legatis , ſive de fideicommiſſis agatur ? Quid ergo Papinianus ſibi voluit , quum in anterioribus omnino deſideret novam retentæ voluntatis vel expreſſam , vel tacitam ſignificationem ad differentiam illorum , qui fiunt poſt teſtamentum ? Diſcriminis quidem ratio hic proficiſci nequit a diverſa cauſſa inter legata , ac fideicommiſſa ; ſed alio prorſus principio petenda eſt . Unus Faber eam vidit (a) , utcumque nec plenius eam complectatur , quin acumine ſuo eadem poſtea abutitur , quum conatur opponere Papiniani ſententiam Imperatorum reſcripto . Ac ſane qui teſtamento condito codicillos poſtea ſcribit , jam oſtendit , ſe teſtatum decedere velle , nec codicillis poſterioribus aliud intellexiſſe videtur , niſi , ut vel ſuppleret , quod teſtamento deerat , vel corrigeret , quod immutare deſideravit. Qui vero codicillos facit , priuſquam teſtamentum condat ; ſive qui ſupremum voluntatis ſuæ judicium a codicillis incipit , is certe vel legata in illis relinquit , vel fideicommiſſa:ſi legata, conjectari quodammodo poteſt, ſe teſtamentum deinde condere velle,quo codicilli nominatim confirmentur , nam aliter legata non conſtant . Sin fideicommiſſa, tum , quoniam fideicommiſſa ab inteſtato recte relinquuntur , is quidem tamquam inteſtatus ſe gerit ; idcirco ex hujuſmodi codicillis probabiliter creditur , inteſtatum potius ſe decedere velle. Etenim quum teſtati cauſſa ab heredis inſtitutione incipiat , ubi quis exorditur teſtationem ſuam a fideicommiſſis per codicillos , de herede legitimo magis cogitaſſe videtur , quam de herede in teſta-

(a) cit. lib 15. conject. cap. 15.

ſtamenta poſtea ſcribendo, ſaltem incertum eſt, an in codicillorum confectione de teſtamento quoque cogitaverit, an potius cum iiſdem tantummodo decedere exiſtimaverit ab inteſtato; quum hujuſmodi codicilli jure ſuo, atque ſoli recte conſiſtant vel ſine teſtamento. At quum deinde teſtamentum ſcribat, jam oſtendit, teſtatum omnino ſe mori velle; ac propterea ex inteſtati ad teſtati cauſſam ſe conferre videtur: quo fit, ut incertum ſaltem ſit, utrum immutato conſilio ea mente ad teſtamentum acceſſerit, ut amplius nolit cum codicillis ab inteſtato decedere, an eo animo teſtetur, ut codicillos quoque antea factos una retineret. Uno verbo haud conſtat, an ad teſtamentum deſcendens codicillos prius factos reſpuerit, an potius exiſtimaverit eam priorem voluntatem etiam retinere; quin ſi conſideretur, quod re ipſa geſſit, magis eſt, ut credamus, rejecta inteſtati cauſſa teſtatum magis ita ſepræbuiſſe, ut novum prorſus inierit conſilium. Itaque in hac voluntatis quæſtione recte Papinianus arbitratur, non aliter priorem voluntatem valere poſſe, niſi ſequatur vel expreſſa, vel ſaltem tacita illius comprobatio, ſive in teſtamento, ſive in quavis alia noviſſima ſcriptura, licet non ſolemni; nova enim animi ſignificatione convaleſcit ea voluntas, quæ per teſtamentum poſtea ſequutum obliterata magis cenſebatur. En genuina differentia inter codicillos teſtamento poſteriores, ac anteriores: primi enim quum certam teſtati cauſſam ſequantur, jam explorata eſt mens teſtatoris, ut nova proinde voluntatis ſignificatione non indigeant; nam certum eſt, per poſteriores codicillos teſtatorem id tantum egiſſe, ut vel ſuppleret, vel corrigeret, quod in ſolemnibus tabulis juſſerat. At contra ante-

teriores teſtamento quoniam inteſtati ſpeciem exhiberent, nequeunt idcirco neceſſario traduci ad teſtati rationem; niſi recenti judicio ita teſtator ſe velle oſtenderit. Hinc eſt, non recte eos Papiniani mentem interpretari, qui credunt, quamcumque vel leviſſimam præſumtionem ſatis eſſe ad retentæ voluntatis probationem, vel qui autumant, expreſſam animi ſignificationem exegiſſe, ut Bynkershoekio placuit: quod quidem ducere arbitratur ex illo Papiniani verbo *indicio*, quod cum gloſſa accipit *pro expreſſa declaratione*. Atque ſive *judicio* legas, ut in vulgatis, ſive *indicio*, ut in Florentinis, & Noricis, quod potius probaverim, non ſatis accepiſſe videntur intimam Conſulti ſententiam. Et quidem quamquam in Codice Juſtinianeo *indicii* vocabulum uſurpetur pro quovis argumento, vel remota præſumtione; apud Juriſconſultos tamen, qui latinam puritatem ſervarunt, numquam hoc ſenſu acceptum invenies (*a*). *Indicium* quidem latine idem eſt, ac rei demonſtratio: quæ vel fiat expreſſo ſigno, vel tacito, dummodo ejuſmodi ſit naturæ, ut res preſſius commonſtretur. *Voluntatis* autem *indicium* proprie dicitur, quum aliqua ſignificatione animi ſenſus oſtenditur. Hinc Paulus inquit (*b*): *Recuſari hereditas non tantum verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quovis indicio voluntatis*, id eſt quocumque ſigno ſive magis, ſive minus expreſſo, quod ex nobis tamen proficiſcatur: nam ea omnia argumenta, quæ ex re ipſa duci poſſunt, minime pertinent ad noſtræ voluntatis indicium; quum numquam videa-

(*a*) Vide Briſſonium de verborum ſignificatione verbo indicium.
(*b*) recept. ſent. lib. 4. tit. 4. §. 1.

deamur rem proprie indicaſſe, niſi quibuſdam ſignis ex nobiſmetipſis proficiſcentibus eam quodammodo manifeſtemus. Atque huc ſpectat illud Pauli (a): *Precario poſſidere videtur non tantum, qui per epiſtolam, vel quacumque alia ratione hoc ſibi concedi poſtulavit; ſed & is, qui NULLO VOLUNTATIS INDICIO, patiente tamen domino poſſidet*: patientia quidem domini licet efficiat, ut is non videatur diſſentire, non tamen voluntatis indicium facit, quum nullam animi manifeſtationem exhibuerit. Ut ergo ad Papinianum revertamur, quum inquit: aut voluntas eorum *QUOCUMQUE INDICIO* retineatur, id revera intelligit, ut teſtator in poſteriori ſcriptura talis ſe præbeat, ut aliquo ſigno ſive magis, ſive minus aperto commonſtret, ſe quidem retinere velle voluntatem in codicillis expreſſam. Hinc ſatis non eſt, eos tantum non revocaſſe; hoc enim licet probaret, eum non videri diſſentire a voluntate anteriori; attamen quum adhuc incertum eſſet, an ad teſtamentum accedens conſilium immutaverit, an illam quoque retinere voluerit, optime Papinianus arbitratur, opus eſſe omnino, ut hujuſmodi voluntatis quæſtio aliquo ſaltem animi indicio definiatur, quo appareat, eum ratam quidem habere velle voluntatem in codicillis ante teſtamentum factis expreſſam.

X. Hæc de Papiniani ſententia. Videamus modo, quod a Triboniano affertur. *Sed*, inquit, *quum ante teſtamentum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur. Sed Divi Severus, & Antoninus reſcripſerunt ex iis codicil-*

(a) recept. ſent. lib. 5. tit. 6. §. 11.

cillis , qui testamentum præcedunt , posse FIDEICOMMISSUM peti ; si apparet , eum , qui postea testamentum fecit , a voluntate , quam codicillis expresserat , non recessisse . His verbis plane non video , Tribonianum opponere voluisse Papiniani sententiam rescripto Imperatorum ; non enim ait : *Sed Divi Severus , & Antoninus contra rescripserunt* , ut solet , quum quid juris immutatum refert. Etenim eadem loquutione , qua Papiniani sententiam narrat , subdit illam Imperatorum ; nam inquit : *Sed Papinianus ait &c. Sed Divi Severus , & Antoninus rescripserunt &c.* Fateor quidem his duabus sententiis duo diversa Tribonianum referre voluisse ; at negaverim , eas ita affectasse , ut unam alteri opponeret ; id enim ex verbis non apparet . Refert igitur ex Papiniano primam sententiæ partem , ut nempe *speciali postea voluntate confirmentur* ; atque tacet alteram , qua saltem requirit quodvis indicium retentæ voluntatis. Sed quid probabilius, quam Tribonianum ex Papiniano referre tantummodo voluisse,quod pertineret ad relicta per verba directa ; ex Imperatoribus vero quod spectaret fideicommissa ? Nonne refert rescriptum ad *fideicommissa* dumtaxat ? At enim , cur non exposuit integram Papiniani sententiam , qua simul comprehendi videtur utrumque relicti genus ? Respondeo , novum non esse Triboniano , utrinque carpere juris sententias, præsertim in institutionibus . Fortasse credidit , apertiora esse rescripti verba , quibus expressa habetur mentio de *fideicommissis* in codicillis anterioribus relictis ; ideoque ex Papiniano proferre existimavit jus hujusmodi codicillorum quoad legata , ex Imperatoribus quoad fideicommissa ; nolim enim vel ita immemorem Tribonianum face-

ce-

cere, ut non animadverterit reliquam partem sententiæ Papiniani; vel ita stupidum, ut prorsus non intellexerit, quo ea pertineret; vel denique mendacem, ut in institutionibus celare voluerit, quod in Pandectis retulerat. Quod si dicas, Tribonianum intelligere de altera Papiniani sententia diversa ab illa, quæ prostat, nec eum excusabis, quin majori reprehensioni subjicias. Etenim quid caussæ erat, ut Papinianum proferret aliter, quam in Pandectis apparet? Ceterum ut ut sentias de Triboniani consilio, apertissimum quidem est, rescriptum de fideicommissis tantum loqui; Papinianum vero generaliter complexum quodcumque relicti genus in codicillis anterioribus; etsi nec de fideicommissis, nec de legatis nominatim loquatur.

XI. Sed accedamus tandem ad rescripti interpretationem, ut videamus, utrum consentiat, an discrepet a Papiniani sententia. Decreverunt quidem Imperatores, fideicommissum deberi, si appareat, testatorem non recessisse a voluntate in codicillis antea declarata. Numquam cum Fabro vel Theophilo admiserim, perinde accipi illud *si apparet non recessisse*, ac *nisi apparet recessisse*, ut antea monui; hoc enim esset detorquere verborum intelligentiam ab illo ordine, quo prostant. Deinde rectius egerimus, si Papinianum magis cum rescripto componamus; præsertim quum nulla caussa sit, quare inter se se opponantur. Ac sane quod Papinianus tradidit affirmando, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*, Imperatores rescripserunt negando: *si apparet eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, NON RECESSISSE*; quod idem est, ac si dixissent, si aliquo re-

recenti voluntatis indicio oſtendatur, ſive probetur, per teſtamentum poſtea ſequutum teſtatorem noluiſſe recedere a priori voluntate. Enim vero ſi rem plenius conſideraveris, quid porro opus erat Imperatorum decreto, ſi ſatis eſſet, codicillos non eſſe revocatos, ut recte peti poſſet fideicommiſſum? Nonne id commune eſt etiam codicillis poſterioribus? Quis ignorat, quem pluribus codicillis decedere poſſe, dummodo in noviſſimo ab anteriori non recedat? Quid ergo præcipui Imperatores ſtatuiſſent, ſi ſatis haberent, voluntatem non eſſe revocatam? Plane Papinianus ipſe poſtquam dixerat, retineri quidem debere voluntatem quocumque animi indicio, ſtatim addit: *Sed non ſervabuntur ea, de quibus aliter defunctus noviſſime judicavit*; nam perſpicuum eſt, poſteriora prioribus derogare; quod ſane commune eſſe debet omnibus codicillis tum anterioribus, tum poſterioribus teſtamento. Sed inquies, quid prohibet, ut Imperatores diſcedere exiſtimarint a Papiniani ſententia, unamque prorſus cauſſam feciſſent codicillorum factorum, tum ante, tum poſt teſtamentum? Hoc quidem tum tandem crediderim, quum vel juris ratio non reſiſteret, vel id poſſet colligi ex reſcripti verbis, uti proſtant, non ut Faber interpretatur. Diverſa quippe eſt cauſſa codicillorum, quos ante teſtamentum quis confecerit ab illis, qui teſtamentum ſequuntur; nam qui prius per codicillos, tamquam inteſtatus ſe gerens, poſtea ſe transferat ad teſtati cauſſam, incertum eſt, utrum codicillos reſpuere, an retinere voluerit una cum teſtamento; ideoque quum agatur de voluntatis quæſtione, neceſſe eſt, illam recenti judicio comprobari, ſive ſigno expreſſo, ſive tacito.

XII. Ex-

XII. Explorata Papiniani mente de codicillis anterioribus testamento, eaque in consonantiam adducta cum rescripto Imperatorum, facile percipimus, quemadmodum una retinuimus eamdem codicillorum doctrinam, sibique consentaneam, quam hactenus ex jure Pandectarum expressimus; adeo ut quicquid juris peculiare intercesserit inter varios codicillorum modos ad testamentum pertinentes, conspirare quodammodo in unum juris principium videatur. Quippe si legata in illis scriberentur, æque semper veteres exigebant illorum confirmationem in testamento factam, sive ante, sive post testamentum fierent; quum nisi adesset juris fictio, quæ confirmationis ope habebatur, haud constare poterant relicta verbis directis in tabulis non solemnibus, ut alias vidimus. Unica ergo differentia inter posteriores, ac anteriores testamento cadere potuit quoad relicta per verba precativa, in quibus confirmatio non exigebatur. In his quidem vel testator confirmatione quoque utebatur in testamento postea sequuto; tumque licet hæc supervacanea esset quantum ad vim relictorum, quum in fideicommissis codicilli non egerent confirmatione; utilis tamen fieret ad commonstrandam retentam voluntatem; sin deerat, recte Papinianus putavit, aliquod saltem voluntatis indicium adesse debere, vel in testamento posteriori, vel in quavis novissima scriptura, ut retentæ voluntatis probatio omnino constaret, uti & Imperatoribus quoque placuit. Itaque quoad relicta per fideicommissum distabant quidem anteriores a posterioribus; in illis enim intercedere debuerat probatio retentæ voluntatis; sive hæc fieret expressa confirmatione, sive quovis tacito voluntatis indicio;

cio; in his non item; utpote quibus locum non habet quæstio voluntatis.

XIII. Hæc hactenus de jure codicillorum ſub Auguſto primum recepto, ac deinde Magiſtratuum jurisdictione, forique diſputatione aucto, quantum ex Juriſconſultorum ſcriptis, quæ ſuperſunt, depromere licuit. Proximum eſt, ut novo Imperatorum juri accedamus.



CAPUT II.

CAPUT II.

De novo jure Codicillorum a Conſtantini Magni ætate ad Juſtinianum.

I. 
Uod codicillorum jus Auguſti ævo, moribus primum inductum, tum auctum præſertim diſputatione fori; ac demum Juriſconſultorum opera ad certam juris normam revocatum adoptavit Romana juriſprudentia ſub primis Imperatoribus; ſartum tectum diu illud ſervavit ad Conſtantini uſque tempora; quando paullatim immutationibus ſubeſſe cœpit. Et quidem, quantum ex juris hiſtoria conjicere licet, jus Romanum, ac præcipue quod ſpectat ſuprema voluntatis judicia, ſive ad teſtamenta proprie, ſive ad codicillos referebatur, perſpicuum eſt, ſaltem quoad ſumma rerum capita conſtantiſſime omnino ſtetiſſe ab Auguſto ad Conſtantinum; ex quo deinceps res teſtamentaria novam quodammodo ſpeciem recipere viſa eſt, non parum a veteri obſervatione diverſam. Atque quum hac potiſſimum ætate, ſubacta veteri ſuperſtitione, vera dominaretur Chriſti religio, naturaliter quoque cœpit res profana immutari; ut ex tot ſuperſtitioſis juris ſubtilitatibus, atque formulis, quibus præſertim res teſtamentaria obvolvebatur, ſenſim tranſduceretur ad primœvam naturæ ſimplicitatem, nudumque magis veritatis aſpectum. Huic acceſſit plenior tum tem-

temporis Imperatorum poteſtas in novis legibus, ſive conſtitutionibus edicendis, quibus, poſthabitis quodammodo veterum inſtitutis, nova in dies prodiit juriſprudentia, ſed diverſo modo, quo fieri conſueverat ſub primis Imperatoribus. Tum enim ſi quid immutari vellet ex veteri lege, novaque introduci, vel hoc expreſſe fiebat, rogatis nempe Senatuſconſultis; vel novis vocabulorum, aut formularum involucris Juriſconſultorum ſtudio artificioſe inventis, declinaretur quidem a veteri obſervatione, licet abrogari ea non videbatur aperto jure: ita ut & jus vetus una retinerent, & novum inducerent, ad novos mores comparatum (a), ut hactenus factum vidimus in codicillis, ac fideicommiſſis (b). At poſtquam legum ferendarum poteſtas omnino in Principes tranſferri cœpit, quemadmodum ceſſavit fraudulenta juris immutatio, ita novis Imperatorum conſtitutionibus conciderunt potiſſimum tot nominum, ac formularum arcana; juriſque proinde doctrina verſa eſt in ſimpliciorem cauſſam.

II. Atque quod ad rem noſtram attinet, palam eſt, ſub Diocletiano, qui imperium depoſuit duobus circiter annis ante Conſtantinum, adhuc obtinuiſſe comperimus idem codicillorum jus, quod apparet ex ſcriptis veterum Juriſconſultorum; varia enim hujus Imperatoris reſcripta de codicillis habita illorum ſententiis omnino reſpondent (c); ut novum illorum jus repetendum omnino videa-

(a) Tacitus annal. 1. cap. 3.

(b) Vide Heinec. antiquit. Rom. ad inſt. lib. 1. tit. 2. §. 9. lit. x.

(c) Vide l. 4. C. de codicillis, qua fit mentio de codicillis ab inteſtato confectis per precativa verba. Item l. 6. eodem, quæ loquitur de codicillis teſtamento confirmatis, ſive ante, ſive poſt teſtamentum factis. L. 3. C. Hermogeniano, qua habetur, non poſſe nec dari, nec adimi legata, niſi codicillis teſtamento confirmatis. Demum l. 22. C. de fideicommiſſis, ex qua apparet, codicillos conſiderari tamquam non ſolemnes, licet teſtes adhiberentur probationis cauſſa. Quam quidem doctrinam protulimus etiam ex veterum ſententiis.

deatur a Conſtantino ad Juſtinianum, ut infra latius patebit. Quicquid autem jure novo immutatum deprehenditur, ad duo tantum capita referri poteſt: unum, quod reſpicit rectam codicillorum conformationem, ſive actus ſolemnitatem: alterum varios illorum modos; quod tamen per conſequentiam inductum eſt ex exæquatione facta legatorum, ac fideicommiſſorum; quum enim ex verborum differentia, nempe precativa, ac imperativa, varia fieret codicillorum ratio, ut demonſtravimus, ea ſublata continuo receſſit, quicquid ex hujuſmodi diſcrimine proficiſceretur. Itaque de unoquoque immutationis capite ita hic ſermonem inſtituemus, ut, quum ſigillatim utrumque expoſuerimus, facile perſpici valeat, quid ex veteri jure manſerit, quid novo jure ſtatuatur, ac quemadmodum liceat cum veteri novum componere, veterumque ſententias ad novum jus transferre.

§. I.

Jus novum codicillorum quantum ad ſolemnem eorum conformationem.

I. TEſtationes, in quibus veteres ſolemnem quidem ritum deſiderarunt, ad teſtamentorum tantum tabulas referebantur, veluti lege admiſſas. Et quamquam diverſo ritu utebantur in teſtamentis de jure civili, atque Prætorio; tamen utcumque is fieret, actus ſolemnitas omnino intercedere debuerat. Contra in codicillis, tamquam moribus magis conſtitutis, nullo idcirco ritu voluntas declarari oportebat; atque, ut ſuperiori capite

 oſten-

ostendimus, etsi codicilli legitimis etiam constabant probationibus, ut certa haberetur defuncti voluntas; hoc tamen haud constituerat actum solemnem; quum nullum adesset legis præscriptum, secundum quod voluntas exprimi deberet; qua de caussa jus codicillorum, ut vidimus, potissimum a testamentis distinguebatur. Stetit quidem hoc jus constantissime ab Augusto ad Constantinum usque, sive Constantium ejus filium, ut suspicatur Jacobus Gothofredus (*a*); quando res quodammodo immutari cœpit. Etenim Imperator, (quisquis revera illorum fuerit, quod parum refert hic definire) statuit numerum vel septem, vel quinque testium in iis dumtaxat codicillis, qui fierent ab intestato (*b*): *In codicillis*, inquit, *quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti SEPTEM TESTIUM, VEL QUINQUE interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod & in ceteris voluntatibus placuit observari*. Caussam sane huic novo juri in codicillis præbuerunt frequentissimæ quæstiones de falsis; scriptura enim non solemnis facilius subest falsariorum fraudibus; quibus Imperator occurrere volens, ait: *sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur*.

II. Præscribitur autem hac lege solemnis testium numerus in iis codicillis, *quos testamentum non præcedit*; sive, ut interpres exponit, *qui ad vicem testamenti fiunt*. Plane quoniam codicilli ab intestato vicem testamenti exhi-

(*a*) comment. ad l. 1. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

(*b*) l. 1. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

hibere videntur, illiusque jus quodammodo imitantur, ut diximus, credidit Imperator, nil magis consentaneum esse, quam ut parem utriusque faceret caussam eodem testium numero præscripto in codicillis ab intestato, qui & testamentis adhibebatur. Hinc primum distingui cœperunt quantum ad formam codicilli ab intestato a ceteris ad testamentum pertinentibus; nam illi quidem solemni ritu peragi debuerant, testamenti exemplo; hi tamen manserunt secundum veterem observationem. Etenim in novo jure constituendo raro solet jus vetus semel omnino abrogari; sed potius initium ducitur ab iis, quæ sunt immutationi proximiora; deinde temporis progressu eo pervenitur, unde incipere durum fortasse videri potest. Sed quid est, quod Imperator statuens eumdem testium numerum in codicillis ab intestato, ac in testamentis, ait, illum esse debere vel quinque, vel septem? Recte Gothofredus arbitratur (a), hoc quidem referri ad variam testamentorum formam, quæ adhuc obtinebat sub Constantino, nimirum ex jure civili, id est per mancipationem, & ex Prætorio. Nondum quidem obsoleverat testandi ratio per æs, & libram, adhibitis nempe quinque testibus, libripende, familiæque emtore; sed, uti quisque mallet, vel testari poterat per mancipationem adhibitione quinque testium, vel septem testium ex jure Prætorio. Itaque perduxit Imperator ad hujusmodi codicillos eamdem formam, quæ testamentis servabatur; quibus quemadmodum permittebatur numerus, vel quinque, vel septem testium secundum formam, vel civilis, vel Prætorii juris: ita varius ille nume-

(a) loco cit.

merus præscriptus est in codicillis ab intestato; quos solemnes omnino haberi jussit; atque, ut apertius significaret, idem velle in quavis suprema voluntate sine testamento relicta, sive codicilli appellarentur, sive epistolæ, addidit ea ultima verba: *Quod & in ceteris voluntatibus placuit observari*.

III. Quantum vero ad codicillos, vel epistolas ad testamentum pertinentes, etsi jus vetus adhuc perdurasset; Theodosius Magnus tamen illud postea turbare quodammodo instituit. Cavit hic humanissimus Imperator, se numquam admissurum relicta sibi vel, suis non solemnibus scripturis, utpote quæ facile essent fraudibus obnoxiæ; tantum sibi permittens, quod cautum haberetur solemni testamento. Ceteris tamen haud improbat illarum usum; sed hoc addit: ut si quæstio sit de earum fide, tum statuit, onus probationis ei incumbere, qui scripturam proferat, sive qui ex illa lucrum quærit: *Quæ codicillis*, inquit (a), *aut epistolis nobis, necessitudinibusque nostris relinquuntur, non admittimus: sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco præbemus licentiam, ut civiliter, sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistola requiratur; ET INCUMBAT PROBATIO EI PRIMITUS, QUI SCRIPTURAM OBTULERIT*; (quæ sequuntur, habentur in Codice Justinianeo (b), uti hanc legem transcripsit Tribonianus) *deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit*. Et quidem nota est juris regula, ut qui falsum arguit, probationem præstare teneatur (c); alioqui pro scriptura præsumitur. At quoad codicillos non solemnes voluit Theodosius Magnus

(a) l. 2. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.

(b) l. ult. C. ad legem Corneliam de falsis.

(c) l. 24. C. de probationibus, & l. 22. C. ad legem Corneliam de falsis.

gnus ſatis eſſe, ſcripturam dici ſuſpectam,ut qui ex illa vult capere relicta, ejus comprobet veritatem.

IV. Verum gliſcente in dies falſariorum inſolentia in ſupremis,placuit tandem Theodoſio Arcadii filio unam ſolemnem juris obſervationem ſtatuere in quibuſcumque codicillis, tum ab inteſtato, tum ad teſtamentum factis, ſive ſcriptis, ſive nuncupatis; ita tamen, ut quoad teſtium numerum diſtinguerentur teſtamenta a codicillis;atque in illis ſeptem omnino præſcripſit (a); in his vero quinque. Hujus Imperatoris conſtitutio proſtat in Codice Juſtinianeo his verbis (b): *In omni autem ultima voluntate excepto teſtamento quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur teſtibus videlicet, quando in ſcriptis voluntas componitur, ſubnotationem ſuam accommodantibus*. Itaque ſtatuit, quamcumque ſupremam voluntatem præter teſtamentum, ſive ſcriptam, ſive nuncupatam, non ſecus valere, quam quinque teſtibus ſolemniter adhibitis; qui, ſi ſcriptis fieret, ſubſcriptionem ſuam quoque adjiciant. Ac quidem, ut ſcite animadvertit Jacobus Gothofredus (c), Theodoſii ævo prorſus exolevit teſtandi modus per æs, & libram; atque tum primum varia teſtamenti forma ex jure civili,& Prætorio in unam conſonantiam coaluit; quo factum eſt, ut ſeptem teſtium numerus ex jure Prætorio deſcendens teſtamento adſcriptus eſt, veluti tabulis ſolemnioribus: numerus vero quinque teſtium, jure civili adhibitus in teſtamentis per mancipationem, tributus eſt codicillis; ideo-

(a) l. 21. C. de teſtamentis.
(b) l. ult. §. ult. C. de codicillis.
(c) comment. ad cit. l. 6. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

ideoque in teſtamentis retentus eſt teſtium numerus ex jure Prætorio, in codicillis vero ex jure civili. Atque ubi Conſtantinus dederat codicillis dumtaxat ab inteſtato eumdem teſtium numerum vel ſeptem, vel quinque, prout ſervabatur in teſtamentis, quum adhuc perſtabat varius teſtandi uſus vel per mancipationem, vel ſine mancipatione ex Prætoris beneficio, Theodoſius contra quum jam in deſuetudinem abiiſſet teſtandi ratio per mancipationem, unam fecit omnium codicillorum cauſſam, a teſtamentis tamen diſtinctam quantum ad teſtium numerum.

V. Litem hic moverunt interpretes, an hoc jus novum de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis Theodoſio revera tribuendum ſit, an magis Juſtiniano? Occaſionem quidem huic dubitationi præbet, quod licet hujuſmodi conſtitutio nomen Theodoſii præſeferat, quum tamen Tribonianus eam adjeciſſet cuidam alteri Theodoſii conſtitutioni, quæ proſtat in Codice Theodoſiano, atque in eo non extet, quod in Juſtinianeo refertur de codicillorum ſolemnitate, colligunt idcirco nonnulli poſt Balduinum (*a*), & Giphanium (*b*), inter quos etiam Boehmerus (*c*), Tribonianum hoc quidem Theodoſio appinxiſſe, quum revera Juſtinianum habeat auctorem; hancque conjecturam veriſimilem reddere conantur, quod non videtur a Juſtiniano alienus hic numerus quinque teſtium, quum in ſervorum manumiſſione per epiſtolam, aut inter amicos eumdem numerum præſcribat (*d*): ac propterea haud immerito eum auctorem quoque feceris ejuſdem teſtium numeri in codicillis.

VI. Fa-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult.

(*b*) In Codice ad l. ult. §. ult. de codicillis.

(*c*) cap. 1. §. 26. ſuæ diſput.

(*d*) l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

VI. Fateor equidem; nullibi, quam hoc loco Tribonianum falso accusari; nam tantum abest, Theodosio constitutionem negari; ut nullo pacto ea Justiniano tribuenda videatur. Ac primo non quod in Codice Theodosiano non legatur eadem constitutio, quæ in Justinianeo apparet, indicio esse potest, Theodosium id revera non cavisse. Etenim si ita argumentari liceat, consequeretur, tot constitutiones transcriptas quidem in Codice Justinianeo sub Theodosii, aliorumque Imperatorum nomine, quæ tamen desunt in collectione Codicis Theodosiani, uni Justiniano fore necessario adscribendas; quo certe nil ineptius dici poterit. Quis autem ignorat, Codicem Theodosianum, uti ad nos pervenit, mutilum omnino esse, atque imperfectum, ut jam pridem viri eruditi, Gothofredus præsertim sexcentis animadverterunt? Quid ergo est, legem ideo Theodosio negare, propterea quod hæc absit a Codice Theodosiano? Sed urgent, illa legis verba Tribonianum quidem attexuisse alteri Theodosii constitutioni, quæ tamen reperitur, tum in Codice Theodosiano, tum Justinianeo: quo fit, ut quod Tribonianus postremo loco adjecerit, revera illius pars esse non videatur. Libenter hoc admiserim; sed male hinc infertur, Justiniano magis, quam Theodosio eam esse tribuendam; non enim quod haberi nequeat, tanquam pars illius constitutionis, cui subnectitur, consequitur, eam proinde Theodosii non esse. Perspicuum quidem est, ut Gothofredus monet (a), Tribonianum sæpe plures, tum unius, tum diversorum Imperatorum constitutiones una le-

S

(a) In Prolegomenis ad Codicem Theodosianum, cap. 4.

lege comprehendisse, quod pluribus exemplis demonstrat; ut nil mirum, si quæ duabus ipsius Theodosii legibus continerentur, Tribonianus simul complexus esset. Potuit ergo duas Theodosii constitutiones una lege comprehendere, quod pluries fecisse comperimus; sed frustra inde conficiunt, Theodosium illius non videri auctorem. Atque perperam plerique non accurati interpretes, quos inter Boehmerus sententiam suam comprobare conantur auctoritate Jacobi Gothofredi; is namque etsi fateatur, Tribonianum attexuisse illi legi Theodosii, quod ejus non esset, nusquam tamen admittit, Justiniano magis, quam Theodosio adscribi debere; ita enim loquitur (*a*): *Subjicit hoc loco Tribonianus, & huic legi attexit, quæ ejus non sunt, de numero, & qualitate testium in codicillis, omnique alia voluntate præter testamentum.*

VII. Præterea quod Theodosius hoc loco expresse cavit de solemni testium numero in codicillis, obiter quoque repetit in alia lege, quam tulit de testamentorum forma; ait enim, prius testamentum non rumpi per posterius, nisi novissimum perfectum sit. Quod si in priori scriptus sit extraneus heres, in posteriori vero legitimus, *eo casu*, inquit (*b*), *licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento; secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus; IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.* Igitur in codicillis ab intestato; sive, ut loquitur, in intestati vo-

(*a*) in notis ad l. 7. C. Theodosiano de testamentis, & codicillis.
(*b*) cit. l. 21. §. 3. C. de testamentis.

voluntate numerum quinque teſtium hac ipſa lege Theodoſius præſcribit. Et quamvis hic tantum mentio fiat de codicillis ab inteſtato, non item de pertinentibus ad teſtamentum, ad quos ſermonis ratio referri non poterat; ſatis tamen liquet, Theodoſium quidem diſtinxiſſe numerum teſtium in teſtamentis, ac in codicillis; ideoque ait: *in qua voluntate quinque teſtium juratorum depoſitiones ſufficiunt*; quum contra principio legis numerum ſeptem teſtium juſſiſſet in teſtamentis. Neque cavillaveris, hunc teſtium numerum in codicillis ab inteſtato a Conſtantino magis repetendum. Etenim conſtitutio illius Imperatoris, ut vidimus, longe diverſa eſt ab hoc novo jure Theodoſii: Ille quidem, quum antea codicilli non eſſent ſolemnes, ſatis habuit perducere codicillos ab inteſtato ad eamdem teſtamentorum ſolemnitatem; nimirum vel adhibitione ſeptem teſtium, ſi fierent ſecundum formam jure Prætorio conſtitutam, vel quinque per mancipationem ex jure civili; in qua præter teſtes aderat libripens, familiæque emtor. At Theodoſius, cujus ætate exoleverat teſtandi forma per mancipationem, quum hoc loco præceperit numerum quinque teſtium in codicillis ab inteſtato, haud intellexit comprobare, quod ſanxerat Conſtantinus; nam quod hic commune fecerat teſtamentis,ac codicillis ab inteſtato, Theodoſius,ſublato jam mancipationis uſu, diſtinxit; atque teſtamentis ſeptem, codicillis vero quinque teſtes aſſignavit. Quare non video, qua fronte liceat hoc novum jus Theodoſio negare; quum manifeſtiſſime contrarium appareat ex duabus conſtitutionibus, quæ Theodoſium præferunt.

VIII. Ceterum dicant, quæſo, Triboniani obtrecta-

tores, qua de caussa celari debuerat Justiniani nomen, si revera hujus novi juris auctor fuisset? Palam est ex libris juris, quanta gloria Justinianus efferatur; vel quum jus vetus abrogatur, vel novum profertur; quantoque studio Tribonianus Imperatorem suum ostentet, vel quum quid minimum proponatur a veteri jure immutatum; ut non immerito interdum a doctis viris notetur; propterea quod Justiniano facile tribuat, quæ magis aliorum sint. His præmissis de Triboniani indole, atque de Imperatore tam glorioso in novo jure condendo, quis umquam sibi persuaserit, Tribonianum Theodosio magis adscribere attentasse, quod esset Justiniani? An hic puduerit Justinianum efferre, quum in tanta novi juris introductione, quanta prostat ex hoc Imperatore, præsertim in re testamentaria, numquam Tribonianus Justiniani nomen suppresserit?

IX. Demum quod afferunt; ex Justiniani nempe constitutione de numero quinque testium in manumissionibus per epistolam, vel inter amicos (a) conjecturam duci, eumdem quoque Imperatorem sanxisse parem testium numerum in codicillis; non modo alienum prorsus esse crediderim; quin si constitutionis verba perpendantur, magis est, ut dicamus, Justinianum imitari voluisse in manumissionibus, quod Theodosius statuerat in codicillis. Et quidem postquam caverat Imperator, non recte manumissionem dari per epistolam, nisi quinque testibus adhibitis, addit: *Libertas servo competat, quasi ex* IMITATIONE CODICILLI *delata*; quod etiam repetit in manumissione inter amicos his ver-

(a) cit. l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

verbis: *quasi ex codicillis libertatem adipiscentes*. Quid quæso ex hoc loco colligi licet; nisi quod Justinianus imitari voluerit in manumissionibus, quod cautum esset de codicillis? Nonne aperte inquit, libertatem datam videri *ex imitatione codicilli*? At, inquies, ideo hic fit mentio codicillorum, quod idem Justinianus talem testium numerum fortasse in codicillis præscripserat. Sed quid obstat, cur codicillos ideo nominasset; quia jam ille testium numerus ex Theodosio obtinuerat? Forsan rectius hoc dici nequit? Itaque, ne in re tam levi longiores simus, satis ostendimus quot falsis argumentationibus contendant jus novum de solemni quinque testium numero in codicillis Theodosio negare, quum ceteroqui nulla caussa sit, cur Tribonianum calumniemur.

X. Restat, ut Justinianum tandem adeamus; quo auctore perspiciendum modo est, an quid novi revera inductum sit quoad codicillorum formam, qualem statuerat Theodosius. Is profecto nedum nil immutavit a Theodosiana constitutione; quin relatis donationibus caussa mortis inter species supremæ voluntatis præcepit eumdem testium numerum in hujusmodi donationibus, qualem Theodosius præscripserat in quibuscumque supremis voluntatibus præter testamentum (*a*); idemque cavit in manumissionibus servorum per epistolam, vel inter amicos instar codicillorum. Unum protulit a Theodosiana lege quodammodo alienum; quod tamen peculiarem tantum speciem attingit. Cuique notum, quemadmodum Justiniano auctore una, eademque facta sit caussa legatorum, ac fideicommis-

(*a*) l. 4. & ult. C. de donationibus caussa mortis.

missorum, tum quantum ad actiones, tum quantum ad juris potestatem, ut latius infra ostendemus. Quod autem spectat relicti probationem, placuit huic Imperatori, ut magis prospiceretur voluntatibus defunctorum, benigniorem facere relictorum caussam per fideicommissum; statuitque, ut si testator fideicommissa quidem voce pronunciasset vel heredi, vel legatario, a quo illa præstari velit, licet nulli omnino testes adsint, ea quidem valere; quum satis existimaverit, relicti probationem excuti ab illius fide, a quo fidei committatur. Quod si ea is præstare recuset; nec fideicommissum proinde fateatur, jurejurando cogendus ad defuncti voluntatem aperiendam, sibique manifestatam: quo delato, vel negat, vel affirmat, vel jurare noluerit; si negat, nihil debetur; si affirmat, id omnimodo præstabit, licet nullus testis adfuerit; ac demum si jurare nolit, perinde eum haberi, ac si fideicommissum fateretur (*a*). Itaque quantum ad fideicommissa relicta per nuncupationem, vel sine testium præsentia voluit, sequendam fidem esse illius, a quo testator reliquerit: *Quum enim*, inquit (*b*), *per testium solemnitatem ostenditur; tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat; ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius caussæ commissa est) dicere compelli-*

(*a*) l. ult. C. de fideicommissis, & inst. lib. 2. tit. 23: §. 12.
(*b*) cit. l. ult, C. de fideicommissis.

pellitur veritatem per Sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur: vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta? Justinianus ergo retenta, tum testamenti, tum codicillorum solemni forma, excipit a generali regula fideicommissa per nuncupationem dumtaxat declarata; dummodo illorum fides habeatur per manifestationem illius, a quo relinquuntur. Scio, quanto scribendi otio abutantur forenses Scriptores, ut hanc sinceram Imperatoris mentem, excitatis tot futilibus quæstionibus, detorquerent ad falsissima consequentia; de quibus late egit Harprechtus (*a*); easque potissimum attingit quoque Boehmerus (*b*). Sed ne a proposito divertamus, rectius illas examinabimus in adnotationibus, quas loco suo attexuimus ipsi Boehmeri disputationi.

§. II.

An novo jure desideretur actus solemnitas in codicillis?

I. QUum hactenus exposuerimus jus novum codicillorum a Constantino ad Justinianum usque profectum, quantum ad primum immutationis caput, quod spectat rectam illorum conformationem; antequam ultra progrediamur, præstat aliquantisper immorari in quibusdam expendendis quæstionibus ab interpreti-

(*a*) peculiari tractatione edita de remedio legis ultimæ C. de fideicommissis.
(*b*) cap. 2. suæ disput. §. 5, 6, & 7.

tibus diu controversis; quæque codicillorum formam respiciunt. Ac primo dubitarunt, an novo jure codicilli habendi sint, tamquam solemnes instar testamenti; an potius ille testium numerus a Theodosio præscriptus probationis tantum caussa exigatur; qui proinde nequeat referri ad actus solemnitatem? Huic disputationi occasionem præbuit Tribonianus; quum ait (a): *Codicillos autem etiam plures quis facere potest, & NULLAM SOLEMNITATEM ORDINATIONIS DESIDERANT.* Cur, inquiunt, nullam eos exigere solemnitatem ait, si lege sit testium numerus præscriptus, itemque *testes uno eodemque tempore debent adhiberi*, ut loquitur Theodosius? Ex interpretibus quidam, ut præ ceteris placuit Galvano (b), contendunt, Theodosium revera haud codicillos fecisse solemnes; nec legitimus testium numerus actus spectat solemnitatem, sed tutiorem tantum voluntatis probationem; ideoque nec immerito Tribonianus credidit, nullam prorsus eos desiderare solemnitatem. Alii contra agnoscunt quidem in codicillis actum solemnem ex Theodosio; sed vitio vertunt Triboniano, quod immemor novi juris ex aliquo veteri Jurisconsulto ea verba transcripsisset; quam quidem sententiam sequuntur doctiores institutionum interpretes (c). Vulgo demum distinguunt solemnitatem *ordinationis*, de qua loquitur Tribonianus, a solemnitate *probationis*; primam in codicillis negant, alteram affirmant; quo solemnitatis discrimine facto existimarunt, recte conciliari Theodosii constitutionem cum Triboniani sententia; ac pro-

---

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. ult. (b) De usufructu cap. 10. num. 13. (c) Ita Vinnius Everardus Otto, ac Cl. Cirillus ad cit. Triboniani locum.

propterea ex Theodosio erunt solemnes codicilli solemnitate probationis, ex Triboniano vero non solemnes solemnitate ordinationis; quasi unus, idemque actus partim solemnis esse valeat, partim non solemnis, quo sane nil ineptius; ut non immerito Vinnius rideat hujusmodi futiles Arabum cavillationes, verborumque captiunculas (*a*).

II. Res, inquam, meo judicio nequit recte definiri, nisi primum omnium internoscatur *solemnitatis* notio; prius est enim, ut statuatur, quid in jure veniat pro actu solemni; tum quæremus, an actus solemnis in codicillis jure novo requiratur; ne aliter verborum ambagibus delectari magis videamur, quam solida juris doctrina. Actus solemnis in jure is appellatur, qui expletur secundum certam juris observationem, certo nempe ritu servato lege præscripto; quem si neglexeris, actus ipse pro nullo habetur, tamquam si res acta non esset. Distinguunt porro Jurisconsulti *recte* factum a *rite* factum, ut probe animadvertit Cujacius (*b*): *Recte* fieri dicitur; quum quid, quoquo modo expleatur, jure æque probetur; sive quum lex nullam præscripserit observationem, qua fieri deberet, ut valeat; sed satis est, revera id actum esse eo modo, quo homines naturaliter solent. *Rite* vero agi, seu fieri dicitur; quum res fiat ea legis observatione, quæ jure est constituta, sive quum adhibeatur ritus solemnitas jure præscripta. Hinc miles si testetur non servato solemni ritu paganis imperato, *recte* eum quidem testatum esse dixerimus, sed non *rite*; licet hujusmodi testatio jure consistat; quum militibus datum sit testari sine ulla

 ju-

(*a*) loco cit. (*b*) tract. 3. ad Africanum ad l. 6. de lege Cornelia de falsis.

juris observatione. Contra paganus si testatur non adhibita juris norma, quoniam non *rite* testatus est, nec *recte* proinde eum testatum appellaveris; nam quod *rite* factum non est, neglecta nimirum ritus solemnitate lege præscripta, non jure factum dicetur. Elegantissime hoc exprimit Africanus his verbis (*a*): *Similiter igitur & non jure factum testamentum id appellatur, IN QUO, SI OMNIA RITE FACTA ESSENT, JURE FACTUM DICERETUR*. Non ergo habetur, quem jure testari, nisi omnem juris observationem servaverit; qua non adhibita, etsi voluntatem suam revera declaraverit, nihil tamen *jure egisse* videtur, qui *rite* eam non manifestavit, & ideo Africanus non *jure facto* opponit *rite factum*; nam nequit jure factum haberi, nisi & *rite* factum sit. Similiter Ulpianus (*b*): *condemnatum*, ait, *accipere debemus eum, qui RITE condemnatus est, ut sententia valeat*: quippe in judiciis quædam ritus solemnitas servatur (*c*), ita ut judex non tantum recte, sed & *rite* sententiam proferre debeat, adhibitis nempe juris solemnibus, quæ leges præscribunt in sententiis pronunciandis; ideoque subdit: *ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit* (si forte neglexerit vel minimam juris observationem) *dicendum est, condemnationis verbum non tenere*. Item idem Ulpianus, quum significare voluit testamentum conditum servatis iis juris solemnibus, quæ lege statuuntur, *rite perfectum* illud appellat: *Tunc autem*, inquit (*d*), *prius te-*

(*a*) l. 6. de lege Cornelia de falsis.
(*b*) l. 4. §. 6. de re judicata.
(*c*) Vide Gellium noct. att. lib. 14. c. 2.
(*d*) l. 2. de injusto, rupto &c. testamento.

testamentum rumpitur; quum *posterius RITE perfectum est*, id est secundum legis præscripta (*a*).

T 2 III. Quic-

(*a*) Vox *ritus*, unde *rite* ex primœva vocabuli origiuatione jus proprie significat, ut eruditissimus Mazochius arbitratur diatriba 2. de ritibus sponsaliorum; cujus integram sententiam hic transcribere non gravabimur. Ita exorditur vir summus: *Jo: Gottl. Heineccius J. Cons. eruditissimus in syntag. antiq. initio tituli de nuptiis gravem Triboniani accusatorem producit Thomasium, eo nomine, quod in titulo digestorum, qui de ritu nuptiarum ab eo inscribitur, nullum Jurisconsultorum fragmentum rituale recensens, tamen ea, quam dixi, inscriptione usus fuerit. Nec dubitat is quidem, quin antiquiores juris antistites eamdem epigraphen in suis scriptis usurpaverint: sed eos sic inscripsisse vult; quod sub eo lemmate de nuptialibus cæremoniis accurate agerent. Quam rubricam quando compilator iste retinere voluit, cur non aliquod saltem responsum rituale inseruit? Verum, ut fatear, ignorata hactenus vocabuli* Ritus etymologia, *ac notio eam invidiam* Triboniano, *imo & antiquioribus Jurisconsultis creavit: nam etiam apud veteres illos prudentes titulus* de ritu nuptiarum, *non mere cæremonialia, uti mihi certo persuadeo, sed legalia responsa complectebatur. Ergo* ritus *proprie non aliud, quam leges, & jura significat; eaque significatio, & etymologiæ, & usui ejus vocabuli nititur ... Itaque non expectandum ab antiquis Consultis, aut a Triboniano erat, ut sub ea rubrica cæremonias confarreationis, coemtionis, domum ductionis, & quæ porro erant, exponerent. Quamquam vel si veteres juris interpretes de confarreatione, coemtione, usu fortasse egerint, hæc tria illi, non tamquam cæremonias meras, sed tamquam modos acquirendi dominii in uxorem considerabant. Ab etymologia ordiar,* Ritus *(ut in Tyrrhenicis dicam in diatriba 9.) vox est Etrusca, quæ & in tabula* III. *Iguvina reperitur, ubi* Rethe *idem est quod* Rite. *Est autem consentaneum, ut Etruria, quæ rituum magistra semper est habita, etiam vocabulum ipsum in Latium invexerit. Ac miseret me Vossii a τρίβος vocem ritus ἐτομολογῦντος: quid his facias, qui quantum est latialis sermonis, de Græco musarum ingratiis auferunt? Atqui Etruscos ab oriente pleraque sua habuisse, ibidem ad nauseam demonstravimus. Ne plura: Hebræum* דת Dat, *& Chaldeum* דתא Deta, *jura, ac leges significat.* Ubicumque *autem* Daleth *in vocibus orientis occurreret, eam litteram Tusci* Rhotacismo *delectati in caninam litteram commutabant, aut commutare ex modo pronunciationis videbantur: de quo vide dicta in Tyrrhenicorum diatr. IV. §. 2. ubi de Ravenna, quæ olim* Cumerum *dicebatur, & in diatriba V. ad tosum Campanum. Ergo ex* Deta *fiebat* Reta, *& cum terminatione latina* Ritus. *Quæ vox proprie jura significat: quia vero apud Hebræos leges aliæ sunt cæremoniales, aliæ morales, aut judiciales, hinc apud Etruscos, Latinosque* Ritus *hæc omnia significabat. Habes de etymologia, ac vera vocabuli notione. Nunc videndum, an ea significatio cum Latinorum scriptorum usu conveniat. Primum exemplum affero tituli digestorum* de ritu nuptiarum, *a quo tamen titulo cæremoniæ absunt. Ad hæc Plinius XII. 8:* Ritu (*id est lege*) naturæ capite hominem gigni mos est, pedibus efferri. *Tacitus de Mose.* Novos ritus, (*leges Mosaicas intelligit*) contrariosque ceteris mortalibus indidit. *Sed nusquam plura exempla, quam in ablativo* Rite *reperias (quod non esse adverbium, sed auferendi casum, ostendit tum E breve, tum illud Statii XI. Theb. 285:* Hei mihi primitiis ararum, & rite nefasto Libatus) *quem ablativum passim pro jure, sive lege veteres formulæ accipiunt. Quare utrumque tamquam synonima junxit Plautus in Cistel.* Itaque hanc lege, & rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat, possidet, *Auctor ad Heren. lib.* 1. Testamentum

III. Quicquid autem ad ritum explendum pertinere poterit, Consulti *solemnia* appellarunt; hinc Papinianus (*a*) ait: *Testamentum aut non jure factum dicitur: ubi solemnia juris defuerunt &c.* nam idem est *rite*, quid fie-

ipso præsente conscribunt, testes rite affuerunt. *Quæ exempla non ad meras cæremonias sed ad jura pertinent. Sic* rite facta *l. 6. ad l. Corneliam de falsis, &* rite facta delegatio *in l. 2. C de novationibus. Et quod ex Tertulliano solet in disceptatione hac de nuptiis injussu patrio factis afferri in libr 2. ad uxor.* Nam nec in terris filii sine consensu parentum rite, & jure (κατὰ συνωνυμίαν scilicet) nubunt. *Ad hæc* rite contractum matrimonium, & rite contractæ nuptiæ *in l. 3. & 6. C. de interd. matrim. Et alia sexcenta.*

Hæc vir eruditissimus. Sed ut ut has voces RITUS, & RITE latini Scriptores usurpaverint, palam est, apud Jurisconsultos proprie acceptas pro ea juris parte, qua non tam res ipsa cavetur, quam modus, sive observatio, quæ tenenda sit, quum illa expleatur. Recte quidem; Tribonianus titulum inscripsit non de *jure*, sed de *ritu* nuptiarum, uti Modestinus quoque fecerat libro singulari ita inscripto. Etenim *jus* proprie rem ipsam magis respicit, quam illius observationem; ideoque quum lex nuptias revera non constituat, sed consensus contrahentium, licet ex consequenti hic jure probetur, non recte tamen nuptiarum constitutionem juri proprie adscripseris. Ergo pro *ritu nuptiarum* intellexerunt prudentes, quicquid jure servari oporteret in nuptiis contrahendis, seu qua juris norma contrahi deberent, ut *jure facta* dicantur. Enim vero eodem titulo potissimum agitur de parentum consensu in nuptias filiorum familias, de personis, inter quas hæc constant, necne, & cetera hujusmodi; ex quibus intelligitur, *ritum* in jure proprie significasse eam legis partem, quæ rem ipsam comitatur; quo sane spectat illud Africani cit. l. 6. ad legem Corneliam de falsis: *si omnia rite facta essent, jure factum diceretur.* Quin ex Plauti loco a Mazochio relato (si tanti viri auctoritas accederet) conjicere auderem, apud latinos quoque Scriptores vocem *rite* hoc idem potissimum significasse. Ait Plautus: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat possidet.* Hic sane facile distingui poterit, quid *lege*, quidque *rite* veniat. *Lege* quidem Alcesimarchus uxorem duxit mulierem, quam in concubinatu habuerat; quæque & ingenua esset, & honestæ vitæ; quum corpore quæstum non fecerit. Nam, ut scribit Marcianus l. 3. de concubinis, lege vetabatur, in concubinatu clam haberi ingenuam mulierem honestæ vitæ; *sed*, ut inquit, *necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusante stuprum cum ea committere.* Item Modestinus l. 24. de ritu nuptiarum: *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit*; ideoque hoc sensu *lege* Alcesimarchus eam possidere videbatur. Quod autem ea ingenua esset, *rite* cognosci debuerat; quum tamquam projecticia, illius status proinde ignoraretur. Atqui ex crepundiis in cistella repertis, aliisque indiciis ubi parentes eam agnoverunt, *rite* idcirco ait *civem cognitam*; propterea quod agnitione a parentibus facta civis, & ingenua *rite* habebatur. Itaque τὸ *lege* refertur ad justam mulieris possessionem, quam usu nactus erat; τὸ *rite* spectat ingenuitatis statum, cujus cognitio tamquam rite facta, jure facta proinde videretur; ideoque utrumque complectens ait: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat, possidet.* Neque ab hac pressiori significatione aliena sunt cetera adducta scriptorum loca, ut quisque viderit.

(*a*) l. 1. de injusto rupto &c. testamento.

fieri, ac ea omnia solemnia servari, quæ lege præscribantur; & Ulpianus (*a*) *solemniter actum* appellat, quod rite, sive secundum legis præscripta servatum sit in stipulationibus contrahendis. Sic *solemnia accusationis* dixerunt Modestinus (*b*), & Papinianus (*c*) eam juris observationem, quæ in judicio accusationis adhiberi debet. Marcellus (*d*) quoque dixit *solemnia* quicquid in judiciis rite servetur, ideoque Imperatores (*e*) rescripserunt: *SOLEMNIBUS itaque ORDINATIS apud Præsidem Provinciæ de statu vestro cognoscetur* (*f*). Item *solemnes* actiones appellabantur, quæ certis formulis erant conclusæ (*g*). *Solemnia* verba dixit etiam Hermogenianus (*h*) formulam, quæ proferri debuerat in manumissionibus vindicta. Et *solemniter denuntiare* accipit Paulus (*i*) pro juris observatione in denuntiationibus servanda; quemadmodum pro *jure solemni decurso* (K) intelligit juris solemnia jam absoluta (*l*). Et in summa quicquid non tam recte, sed & rite agi, vel dici oportet, *solemniter* actum, vel prolatum in jure appellatur; ita ut solemnitas actus ad formam jure præscriptam omnino referatur.

IV. His ita perspectis de actu solemni, facile nunc intelligimus, quemadmodum codicilli habendi sint, tum de jure veteri, tum novo ex Theodosio. Etenim, ut primo capite monuimus, eo potissimum ex veteri jure distabat testamenti ratio a codicillis; quod voluntas per testamen-

(*a*) l. 30. de verborum obligationibus.
(*b*) l. 18. de accusationibus.
(*c*) l. 11. §. 5. ad legem Juliam de adulteriis.
(*d*) l. 7. de in integrum restitutionibus.
(*e*) l. 11. C. de liberali caussa.
(*f*) Vide etiam l. 13. & 15. eodem.
(*g*) Brissonius de verborum significatione verbo *solemnes*.
(*h*) l. 23. de manumissis vindicta.
(*i*) sentent. recept. lib. 2. tit. 13. §. 5.
(*k*) sentent. recept. lib. 2. tit. 21. §. 5.
(*l*) Vide Schultingium ad hunc Pauli locum.

mentum declarata non aliter conſtaret, niſi adhibitis juris ſolemnibus (a): Contra quum in codicillis nullam veteres præſcripſerint juris obſervationem, nec rite eos fieri dicebantur, nec proinde haberentur ſolemnes; ac propterea ſi recte tantum fierent, jure facti viderentur. Et quamquam teſtes quoque aderant, ut oſtendimus; quum tamen illorum adhibitio probationis tantum cauſſam reſpiceret; nil enim jure cautum fuit, nec quoad teſtium numerum, nec quoad formam, qua adhiberentur, nec idcirco actus ſolemnis in codicillis deſiderabatur. At juſſis a Conſtantino primum iiſdem juris ſolemnibus in codicillis ab inteſtato, quæ propria eſſent teſtamentorum; indeque conſtituta a Theodoſio ſua peculiari forma in quibuſcumque codicillis a teſtamentis diſtincta, nemo ſanus inficiabitur, eos revera factos eſſe ſolemnes. Perſpicuum quidem eſt, Theodoſium talem in illis obſervationem caviſſe, qualis, niſi adhibeatur, prorſus inutiles fiunt; ſi ergo ex novo jure non tantum recte, ſed & rite fieri debent, ut valeant, neceſſario conſequitur, ſolemnes omnino eos effeciſſe. Sed quænam erit hæc juris obſervatio, qua neglecta, codicilli, tamquam non rite facti, jure non conſtant? Satis liquet, ex Imperatoris conſtitutione ad tria capita illam referri; ex quibus duo quidem ſatis habentur in codicillis per nuncupationem; numerus nempe quinque teſtium, eorumque adhibitio uno actus contextu; tertium, quod proprium eſt codicillorum per ſcripturam, id eſt teſtium quoque ſubſcriptio. Atque hæc ſunt ſolemnia a Theodoſio in codicillis præſcripta; quorum ſi vel unum negligatur, veluti non rite facti, ſtatim con-

(a) cit. l. 1. de injuſto rupto &c. teſtamento.

concidunt. Vel ergo ex libris juris tollenda Theodosiana observatio; vel si eam retineas, necesse est, solemnia in codicillis omnino fateri.

V. Nunc tandem licet varias interpretum sententias perpendere; atque ut a Galvano ordiar, cui placuit solemnia in codicillis negare, admittens tantum certum testium numerum tutioris probationis caussa: Is profecto confundit caussam, ob quam Theodosius testium numerum definivit cum ipsa legis observatione. Quis non videt, numerum quinque testium, aliaque præscripta non alia de caussa Imperatorem cavisse, nisi ut ita voluntatis veritati consuleretur? Constantinus quidem quum contulit codicillos ab intestato ad eadem testamentorum solemnia, ideo hoc statuisse fatetur; quod, ut inquit (a), *sic fiet, ut testantium successiones, sine aliqua captione serventur*; an idcirco conficies, solemnia in illis non desiderari? Quinimmo ideo sunt solemnes; quia, ut tutior fieret eorum probatio, certa norma constituta est, quæ actum solemnem effecit. Deinde distinguenda est ipsa juris observatio a tutiori probatione, quæ caussam dedit constitutioni; hæc enim haberi etiam posset pauciori testium numero, quam quinque; at si quatuor fortasse adhibeas, forsitan codicilli jure constabunt? Quid ergo est, quod nisi constitutionis præscripta rite serventur, actus ipse pro nullo habebitur, licet alioqui de codicillorum fide satis constiterit? Nimirum ea est solemnis actus natura; ut vel si quid minimum declinetur ab observatione lege definita, continuo actus corruit, nec jus illum tuetur; nam ubi solemnia non impleveris, in legem offendes; atque tamquam non

(a) l. 1. C. Theod. de testam. & codicill.

non jure factus, nec jure consistit. Plurium ergo testium numerus tutiorem quidem reddit probationem voluntatis; qua de caussa lex nedum numerum præscripsit, sed & modum, quo testes adhibeantur; attamen ipsa legis norma caussa est, ut actus solemnis reddatur; quemadmodum probatio voluntatis in testamentis quoque haberi posset pauciori numero testium, quam septem; at prorsus deliraveris, si certum illorum numerum, non ad solemnia referas, sed ad caussam tantum tutioris probationis. Hinc Paulus (a) definitum testium numerum in testamentis *solemnem* appellat: *& si plures*, ait, *fuerint testes adhibiti*, *sufficit SOLEMNEM NUMERUM exaudire*. Cur *solemnem* vocat? Quia est jure definitus; ita ut, si minus, quam septem lex exegisset, ut Theodosius fecit in codicillis, quisquis ille fuerit numerus, solemnis æque appellatur, dummodo certus sit jure præscriptus. Quare quoad non tollas necessariam juris observationem, numquam solemnia sustuleris in codicillis; nisi in contradicentia aperte impingas.

VI. Insuaves porro videntur, qui ideo veriti sunt in codicillis solemnia agnoscere, quod pauciores, quam in testamentis testes desiderentur; vel quia etiam non rogati admittantur; quasi solemnitatis notio cadere nequeat in illos actus, in quibus statuitur minus religiosa juris observatio. Hoc quidem tantum respicit majora, vel minora solemnia; attamen utcumque ritus statuatur, numquam solemnia tolles; licet ritus solemnior præscribatur in uno, quam in altero actu. Atque ne aliunde rationes petantur, nonne & in ipsis testamentis religiosior ritus ha-

(a) l. 21. principio qui testamenta facere possunt.

habebatur ex jure veteri, quam novo; quando præſertim poſt Conſtantinum, ac Theodoſium Juſtinianus quoque ſuperſtitioſiora ſuſtulit (*a*)? Forſitan haud ſolemnia hodie feceris teſtamenta, propterea quod eorum obſervatio ſimplicior facta ſit? Neminem latet, teſtamentum per mancipationem religioſiorem ſane fuiſſe teſtamenti forma de jure Prætorio; ſed uterque teſtandi modus ſolemnis habebatur, licet unus altero eſſet ſolemnior. Itaque quod pauciores ſint teſtes in codicillis, quam in teſtamentis, perperam conjiciunt, ſolemnia ad teſtamenta quidem, non item ad codicillos pertinere; major enim, vel minor juris obſervatio actum ſolemnem peræque conſtituit, licet inter ſe ſe unus altero ſolemnior dicatur; ideoque dum ſolemniora dixeris teſtamenta, ſolemnes quoque codicillos fatearis oportet. Ceterum, ut ſupra oſtendimus, numerus quinque teſtium in codicillis deſcendit ab illo teſtium numero, qui adhibebatur antiquitus in teſtamentis per mancipationem; quum enim Theodoſii ætate hic teſtandi modus in deſuetudinem abiret, Imperator ſolemnia diſtinguens in teſtamento, ac in codicillis, illi quidem tamquam ſolemniori conſtituit numerum ſeptem teſtium, ex jure Prætorio proficiſcentem; his vero quinque teſtes accommodavit, cujus numerus juri civili reſpondet; & ita ex utraque veteri teſtandi forma, quantum ad teſtium adhibitionem, unam ad teſtamenta, alteram ad codicillos retulit.

VII. Sed demonſtrata codicillorum ſolemnitate ex Theodoſio, quonam pacto occurretur Triboniani ſententiæ,

(*a*) Vide quæ de teſtamentorum forma habentur, tum ex Cod. Theod. tum Juſtinianeo tit. de teſtamentis.

tiæ, qua dicitur *nullam ſolemnitatem ordinationis* eos deſiderare? (*a*). Theophilus (*b*) quidem ſolemnitatem ordinationis intelligit ordinem ſcripturæ adhibitum in teſtamentis, non autem in codicillis: nam legata, ceteraque relicta in teſtamentis haud conſtabant, ſi ſcriberentur ante heredis inſtitutionem (*c*); quod tamen Juſtinianus demum antiquavit (*d*). Sed vereor, ne Tribonianus revera hoc intellexerit; quum alioqui in ipſis inſtitutionibus referat, eam quidem ſuperſtitionem abrogatam (*e*). Deinde quorſum pertinet hic ſcripturæ ordo in codicillis, in quibus hereditas dari nequit, niſi per fideicommiſſum? Plane vulgus interpretum, ut innuimus futilem illam diſtinctionem induxit inter ſolemnitatem *ordinationis*, ac *probationis* (*f*). Sed nolim morari hujuſmodi verborum ambagibus, ſatiſque vidimus, quiſnam ſit in jure actus ſolemnis, ut, quid porro intelligant pro *ſolemnitate ordinationis*, prorſus non videam; niſi Theophili ſequantur interpretationem de ſcripturæ ordine, quam numquam admiſerim; Theophilus namque ut offendit in illa Triboniani verba, quum non videret, quo ſpectare poſſent, ſatius habuit ea referre ad ordinem ſcripturæ. Quid ergo de Triboniano ſentiendum? Unum reſtat, ut cum doctis viris dicamus, eum oſcitanter ea verba in inſtitutionibus inſeruiſſe, deſcripta ab aliquo veteri Juriſconſulto, Marciano fortaſſe, cujus ſunt verba antecedentia, quando codicilli nullam revera juris obſervationem deſiderabant. Quod ſi verearis hoc de Triboniano ſuſpicari, utrum-

(*a*) Inſt. loco cit.
(*b*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 3.
(*c*) Ulpianus tit. 24. §. 15.
(*d*) L. 34. C. de teſtamentis, & inſt. l. 2. tit. 20. §. 34.
(*e*) Inſt. l. 2. tit. 20. §. 34.
(*f*) Vide Harpprechtum inſt. l. 2. tit. ult. num. 19. & ſeq.

utrumvis facere necesse est; vel enim negaveris oportet, solemnem actum in codicillis, ut fecit Galvanus, tumque irrues in falsissimam codicillorum doctrinam expresso juri contrariam, nedum ex Theodosio, sed ab ipsomet Justiniano apertissime comprobatam (a); vel necessario offendes in contradicentia, verborumque involucra.

§. III.

Qui testes jure novo in codicillis admittantur.

I. ALtera disputatio, quæ consequitur ex nova codicillorum conformatione, spectat testium conditionem, quinam scilicet idonei testes in codicillis habeantur. In testamentis quidem nota res est, in numerum testium recipi generaliter non posse eos, cum quibus testamenti factio non sit; item nec mulier, nec impubes, nec servus, nec furiosus, nec mutus, nec surdus, nec is, cui bonis est interdictum, nec denique improbi, ac intestabiles, ut docet Justinianus (a). At in codicillis nullo juris loco id expresse cavetur; ut nil mirum si dubitandi occasionem hoc interpretibus præbuerit. Ac sane quicumque nedum in testamentis, sed in ceteris negociis jus testimonii dicendi non habet, nec proinde codicillis recte adhibebitur; cujus enim testimonium legibus non admittitur, palam est nec idoneum testem haberi posse in codicillis. Quæstio ergo vertitur quoad feminarum personas; quippe quæ licet a testamentis arceantur; recte tamen testimonium perhibent in ceteris caussis

(a) l. 2. §. 1. C. de testamentis. (b) Inst. lib. 2. tit. 10. §. 6.

ſis (*a*); ideoque dubitarunt interpretes, an ſi non in teſtamentis, in codicillis ſaltem jure admitti valeant? Lis ſane adhuc eſt ſub Judice; quum in utramque partem Scriptores abiverint; licet fortaſſe potior illorum numerus affirmare crediderit, eo potiſſimum rationis momento; quod nullibi hoc vetitum habeatur (*b*), ac propterea quod in teſtamentis cautum eſt, nequit trahi ad codicillos. Sed, ni fallor, hujuſmodi diſputatio pendet ab altera de ſolemnitate codicillorum; ſi enim ſpectes jus vetus, jam monuimus, nulla de cauſſa feminas arceri potuiſſe a teſtimonii dictione; ſed, ubi ſolemnes eos feceris ex Theodoſii conſtitutione, neceſſario conſequitur, pari ratione eas uti in teſtamentis, ita & in codicillis non eſſe teſtes idoneos.

II. Atque miſſis iis, quæ prorſus extranea ſunt, nec diſputationis nodum preſſius attingunt, unum hic conſiderandum putaverim, ut recte poſſit quæſtio definiri; quod profecto petendum eſt ex tradita codicillorum hiſtoria. Porro, ut a Conſtantini lege ordiamur, palam eſt, teſtium numerum, vel ſeptem, vel quinque, ab hoc Imperatore conſtitutum in codicillis ab inteſtato, ad maſculos tantum pertinere, non item ad feminas. Etenim quum quantum ad juris obſervationes hujuſmodi codicillos æquaſſet teſtamentis; ridiculum eſſet dubitare, an per Conſtantinum liceret, eas feminas in illis admitti, quæ in teſtamentis reſpuebantur; ut enim parem fecit utriuſque cauſſam quoad juris ſolemnia, manifeſtiſſime apparet, eam-

(*a*) l. 18. de teſtibus, & l. 20. §. 6. qui teſtamenta facere poſſunt.
(*b*) Vide Harprechtum inſt. ſub tit. de codicillis, & Vianium inſt. l. 2. tit. 25. ad §. ult. n. 3.

eamdem prorſus teſtium conditionem ſervatam in teſtamentis, ac in codicillis ab inteſtato, quum eadem ſolemnia in utriſque præſcripſerit: ſive ergo conficerentur Prætorio jure ſeptem teſtibus adhibitis, ſive quinque de jure civili; perſpicuum eſt, feminas omnino repulſas a codicillis ab inteſtato æque ac a teſtamentis. Hinc vides, quemadmodum ex prima juris immutatione quoad ſolemnia in certi generis codicillis admiſſa, ea teſtium conditio ſervata ſit, quæ ſponte ſua actum ſolemnem conſequitur; & quamquam Conſtantinus nullam hic habuerit mentionem de teſtium conditione, ſatis tamen id declaraſſe videtur, quum teſtamentorum ſolemnia perduxit ad codicillos ab inteſtato. Poſt Conſtantinum vero Theodoſius, cui placuit ſolemnia quoque ſtatuere ceteris codicillis, non ſecus a Conſtantini lege variavit, quam ut unam faceret juris obſervationem omnibus codicillis communem; atque quum ejus ætate exoleviſſet teſtandi modus per mancipationem, ſatius putavit ſeptem teſtium numerum ex jure Prætorio teſtamentis adſcribere, quinque vero ex jure civili codicillis, ut quodammodo eos a teſtamentis diſtingueret. Hæc, inquam, nova Theodoſii conſtitutio utcumque variaverit a Conſtantini lege, quantum ad diſtinctum teſtium numerum in utroque teſtationis genere, non tamen receſſiſſe ab illa videtur, quoad teſtium conditionem, ubi nedum retinuit ſolemnitatem actus, ſed eam protraxit ad cujuſvis generis codicillos. Saltem hoc expreſſiſſet Theodoſius, ſi quoad teſtium conditionem recedere exiſtimaſſet a jure jam recepto ex Conſtantino. Quippe ex Theodoſii conſtitutione ſatis liquet, quid in codicillis immutare intellexerit, quidque retinere quoad eorum ſolem-

lemnia. Ait quidem, in quavis ſuprema voluntate tum ſcripta, tum nuncupata, *excepto teſtamento*, quinque teſtes adeſſe debere; qui tamen vel non rogati recte admittantur: Jam habes ſolemnium differentiam inter teſtamenta, & codicillos, tum quoad teſtium numerum, tum quoad teſtes non rogatos. At nullum verbum de teſtium conditione in hujuſmodi teſtationis genere; & alioqui magis intererat definire, quemadmodum diſcriminarentur codicilli a teſtamentis quoad teſtium perſonas, quam ut non rogati etiam admitterentur. Quid ergo expreſſit, quod minus eſſet, reticuitque, quod magis referret? Vel, ſi nil prætermiſit, quod ſpectaret diſtincta utriuſque voluntatis ſolemnia, cur tacuit differentiam quoad teſtium conditionem, ſi revera quoad hanc partem quoque ea differre intellexiſſet?

III. Vulgo reſpondent; Cuique teſtimonium non vetatur perhibere, niſi expreſſo jure repellatur (a); eadem ergo de cauſſa, qua feminæ non admittuntur in teſtamentis, quod expreſſo jure iis teſtimonium interdicitur, arceri nequeunt a codicillis, in quibus adeſſe non prohibentur; ideoque quod de teſtamentis dicitur, pari ratione nequit produci ad codicillos. Recte hoc quidem inſpecto veteri codicillorum jure; quo juris ſolemnia non exigebantur in hujuſmodi ſuprema voluntate. Sed perperam argumentantur, quum ad jus novum hoc etiam referant. Etenim vera eſt juris regula, ut idoneus teſtis is habeatur, qui jure a teſtimonio non repellitur; ſed falſo aſſerunt, hoc eodem juris principio feminas non repelli a codicillis; nam jure expreſſo cautum eſt, eas non admitti in

(a) l. 1. §. 1. de teſtibus.

in *solemnibus* defunctorum voluntatibus. Atque ideo jure veteri a testamentis dumtaxat repellebantur, non item a codicillis; quia non his, sed illis tantummodo solemnia adhiberentur; recteque hic animadvertit Vinnius (*a*), haud esse verisimile, ut jure Romano actus solemnes expediri potuerint mulierum testimoniis, ut patet in ceteris actibus legitimis. Itaque quum aperto jure haud admittatur earum testimonium in *solemnibus* testationibus, falsa proferunt, quum contendunt, eas non repelli a codicillis expresso jure; utcumque enim hoc cautum non habeatur verbis expressis, satis tamen Imperatores hoc idem declararunt, quum codicillos selemnes effecerunt testamentorum instar; quo nomine comprehendi videbatur, quicquid ad *solemnes* testationes pertineret. Theodosius ergo, cui in mentem venit minora juris solemnia præscribere in codicillis, quam in testamentis, id tantum cavit, sive id expressit, quod eorum discrimen proprie spectaret; ideoque ex Imperatoris mente communis factus est ritus quoad non expressa; quoad expressa vero peculiaris; nam quæ sancire voluit, ut a solemnibus testamentorum distinguerentur, expressit; quæ vero communia essent, prætermisit; ne repeteret in codicillis, quod cautum jam erat de suprema solemni voluntate.

IV. Scio, Heineccium (*b*), qui contrariam tuetur sententiam, magnopere conari, ut everteret hujus argumentationis fundamentum. Ait quidem, codicillos ante Constantinum solemnes prorsus non fuisse; ubi vero per Constantinum primum in codicillis ab intestato, ac Theodo-

(*a*) Inst. lib. 2, tit. 25, ad §. ult. n. 3. (*b*) in notis ad citatum Vinnii locum.

dosium generaliter testium numerus præscriptus est; hoc non secus intelligendum videri, quam ut testium numerum admiserint Imperatores probationis caussa, non autem solemnitatis. Sed jam supra demonstravimus, in quem errorem inciderint interpretes, quum in supremis præsertim legis jussa quoad tutiorem voluntatis probationem avellere crediderunt a solemnitatis notione; frustraque hic putaverim eadem recoquere, ut futili Heineccii collectioni satisfiat. Unum tantum addam, me prorsus non intelligere, quemadmodum ex Constantino idem testium numerus testamentis æque, ac codicillis ab intestato præscriptus, testamentis quidem serviret solemnitatis caussa, codicillis vero probationis dumtaxat. Pace tanti viri verborum hæc sunt tricæ, non rerum discrimina. Ceterum quicquid Scriptores hactenus elaborarint, ut genuina Imperatorum mente subversa feminarum testimonium in codicillis admitteretur, usus tamen hoc numquam probavit; nostrisque moribus contrarium omnino obtinuit.

§. IV.

Jus novum quantum ad varia codicillorum genera antiquitus recepta.

I. Vidimus hactenus, quæ fuerit novi juris introductio, quoad solemnem codicillorum formam, quidque inde manaverit; præstat modo, ut alterum immutationis caput perspiciamus quoad varios codicillorum modos apud veteres admissos, quibus prudentes suum cuique jus tribuerant, ut longius superiori capite percurrimus. Quatuor sane codicillorum genera prodidit Paulus (*a*), ut

(*a*) cit. l. 8. de jure codicillorum.

ut vidimus: nimirum vel confirmatos testamento in præteritum, vel in futurum, vel non confirmatos; vel denique factos ab intestato. Sed quoniam juris ratio in confirmandis testamento codicillis spectaverat legitimam *legatorum* dationem a *fideicommissorum* caussa diversam; factum est propterea, ut tamdiu staret juris discrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, quamdiu constitit differentia inter civilia, & precativa verba, sive inter legata, ac fideicommissa. Verum, ut hoc plenius cognoscatur, præstat rem aliquanto altius perspicere.

II. Neminem latet, quemadmodum jure veteri differrent legata a fideicommissis, quantaque differentia inter se se distarent; sive spectes tot varios legandi modos, peculiaresque formulas, verborumque solemnia, quibus conciperentur, sive tot diversos juris effectus, sive denique varias actiones (*a*). Primo quidem Senatusconsulto Neroniano, ut Ulpianus tradit (*b*), temperari quodammodo cœpit nimia formularum superstitio in legatis; ita tamen, ut quod minus conceptis verbis legaretur, perinde constare posset, ac si datum fuerit *per damnationem*; qui legandi modus remissius ceteris habebatur (*c*). Etenim cautum fuit, ne si quid in formulis peccatum esset, legata conciderent, sed haberentur, tamquam si fuissent *per damnationem* relicta. Utcumque autem S. C. quodammodo remiserat nimium legis rigorem, quantum ad varia legatorum genera; stetit nihilominus constantissimus formularum usus ad Constantinum usque, quando demum antiquari cœperunt. Primus ergo Constantinus, sive Constantius, & Constans ejus filii, sive.

(*a*) Vide Ulpianum tit. 24. de legatis, & tit. 25. de fideicommissis. Item Cajum inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(*b*) cit. tit. 24. de legatis §. 11.

(*c*) Schultingius Jurisprud. vetus ante Justin. in relatum Ulpiani locum.

five utrique, ut varie eruditi opinantur (*a*), fimplicitatem potius fequuti, quam formularum fuperftitiones, generaliter eas fuftulerunt, tum in judiciis (*b*), tum in heredis inftitutione (*c*), tum denique in legatis (*d*); in quibus cautum eft, ne amplius eorum vis penderet ex folemni verborum formula: *In legatis*, inquit Imperator, *vel fideicommiffis neceffaria non fit verborum obfervantia; ut nihil prorfus interfit, quis talem voluntatem verborum ufus exceperit, aut quis loquendi ufus effuderit*.

III. Verum abrogata Conftantini ævo formularum fuperftitione in legatorum datione adhuc perdurabat vetus verborum difcrimen inter civilia, ac precativa, five *vulgaria* verba (*e*), quum adhuc perftaret juris differentia inter legata, & fideicommiffa (*f*). Et quamquam in hereditatis, uti & in legatorum datione iidem Imperatores ftatuerunt (*g*), ut relicta omnino valerent quibufcumque verbis conciperentur, five imperativis, five precativis; id tamen eo tantum fpectabat, ut relicta omnino valerent, ea tamen juris ratione, qua ftare poterant. Conftabat quidem heredis inftitutio, vel non folemni formula fervata, vel non adhibitis verbis civilibus, quum fatis habuerint ipfam teftatoris voluntatem quoquo modo declaratam; attamen haud fuftulerunt diverfos juris effectus in directa hereditatis datione, ac fideicommiffaria. Similiter in legatis eatenus antiquarunt verborum fcrupulofitates, ut non amplius inu-

(*a*) Vide quæ in hanc rem fcite meditatur Cl. Cirillus Comment. ad inft. lib. 2. tit. 20. ad §. 2.

(*b*) l. 1. C. de formulis.

(c) l. 15. C. de teftamentis.

(*d*) l. 21. C. de legatis.

(e) Precativa verba vulgaria appellat Licinius Rufinus in l. 6. de fideicommiffariis libertatibus.

(*f*) Vide Giphanium in inft. lib. 2. tit. 20. ad §. 2. & 3. Janum a Cofta, & Cirillum eodem inft. loco.

(*g*) cit. l. 15. C. de teftamentis, & cit. l. 2. C. de legatis.

inutilia fierent relicta ob non servatum formularum, verborumque rigorem; sed mansit ea verborum differentia, quorum potestate legata a fideicommissis distinguerentur, quoad diversos juris effectus. His porro ita perductis ad Justiniani ætatem, tandem hujus Imperatoris consilio res eo pervenit, ut imperativus quoque relinquendi modus cum precativo prorsus confunderetur. Etenim Justinianus demum cavit (*a*), ut nec amplius civilia verba a vulgaribus distinguerentur, ac proinde nec legata a fideicommissis; atque exæquata utriusque natura quoad omnes juris effectus, penitus sustulit tot Prudentum mysteria inter hujusmodi relictorum genera; ita ut una prorsus utriusque componeretur juris ratio, tum quoad vim relictorum, tum quoad actiones. Atque, ut inquit (*b*) *& si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc & legatum, & fideicommissum intelligatur; & si fidei heredis, vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus* (*c*).

IV. Præmissa hac juris historia de novo jure in legatis æque, ac fideicommissis, rectius modo cognoscemus, quidnam ex facta illorum exæquatione in codicillos permeasset; sive quemadmodum hæc nova juris norma quoad relictorum rationem longe a veteri diversa effecerit, ut codicillorum quoque jus de veteri observatione discederet. Jam latius primo capite exposuimus, qua de caussa antiquitus legari non permittebatur, nisi verbis imperativis, & civilibus, atque in solemnibus tabulis: tum vidimus, quo pacto legata admitti cœperunt in codicillis dumtaxat testamento

(*a*) l. 1. & 2. C. communia de legatis. (*b*) cit. l. 2. C. communia de legatis &c.
(*c*) Vide Cujacium in C. tit. communia de legatis &c.

confirmatis, ea nempe obducta juris fictione, ut quod illis scriberetur, haberi posset, tamquam si testamento ipso datum esset; ceteroqui si testamento non confirmabantur, non secus relicta valerent, quam per precativa verba, sive per fideicommissum expressa. Conjecimus demum, quæ consequentia fluxerant ex illo confirmationis principio; nimirum quod quum scripta in codicillis confirmatis haberentur perinde, ac si scripta essent testamento, spectari proinde deberet tempus non tam codicillorum, quam ipsius testamenti, saltem in illis, quæ juris essent, non facti; dummodo vel æquitatis ratio aliud non suaderet, vel non obstaret aliud juris principium. Uno verbo, in legatis codicillis relictis juris civilis normam sequi oportebat, utcumque fictionibus tectam Jurisconsultorum; in fideicommissis vero sola defuncti voluntas spectabatur; tantumque datum est codicillis per fideicommissum factis, quantum ipsa fideicommissorum ratio latissime extra juris rigorem spatiaretur (a).

V. Ex hac veteris juris doctrina de legatis, ac fideicommissis, atque de codicillis, in quibus ea relinquebantur, descendit primo, ut quamquam Constantini ætate exoleverint formularum superstitiones in legatis; quum tamen adhuc perstaret juris discrimen inter legata, & fideicommissa, quod exprimebatur vario illo verborum usu, civilium nempe, ac vulgarium, steterunt propterea duo illi distincti codicillorum modi, eorum nempe, qui essent testamento confirmati, aut non confirmati. Etenim perstante adhuc ea verborum distantia, qua diversa haberetur juris ratio con-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10.

conſtituta in legatis, ac fideicommiſſis, neceſſario etiam perdurabat vetus differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; quippe quæ conſequebatur ex varia illorum relictorum natura; qua retenta, manſit quoque codicillus confirmatus a non confirmato diſtinctus; ut in primo legata, in altero fideicommiſſa conſiſterent. At ubi tandem Juſtinianus penitus ſuſtulit omne juris diſcrimen, quod vetus juriſprudentia adoptaverat in legatis, ac fideicommiſſis, variamque illam verborum differentiam; quemadmodum & hujuſmodi relictorum cauſſas in unam tranſtulit, eamdemque juris rationem; ita & utrumque codicilli genus, confirmati, ſcilicet, ac non confirmati ſub una juris norma neceſſario coaluit. Etenim quæ novi juris conſtitutio induxit, ut nullo prorſus diſcrimine conſiderarentur legata, ac fideicommiſſa, neceſſario efficere debuit, ut nec amplius inter ſe ſe diſtarent codicilli confirmati, ac non confirmati; quum receſſiſſet ea juris ratio, quæ ante Juſtinianum eos diſtinguebat.

VI. Ac quidem, ut jam late expoſuimus, ratio, qua veteres conſtituerant differentiam inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, eo tantum ſpectabat; ut quum ex legis rigore non permitteretur codicillis expreſſa *legatorum* datio, veluti tabulis non ſolemnibus, nec proinde lege comprobatis, inventa juris fictione, qua ob illorum confirmationem in *teſtamento* legata perinde videri poterant, ac ſi teſtamento ipſo data eſſent, hujuſmodi fictionis colore offuſo Prudentibus viſum eſt, in legem minime offendi, ſi *legata* admitterent quidem in codicillis, ſed confirmatis teſtamento, dum fideicommiſſa, tamquam non lege, ſed moribus profecta ſine ulla fictione probarent, etiam in non confir-

firmatis; quum nulla in his obstaret legis observatio. Ergo dum valuit apud Romanos propria *legati* religio distincta a fideicommissorum simplicitate, stetit ex consequenti codicillus confirmatus a non confirmato diversus; ut ita diverso juris principio, & fideicommissorum, & legatorum datio in codicillis sustentaretur. Permansit quidem vel per Constantinum eadem juris norma abrogata formularum superstitione in legatis, quum adhuc mansisset varium jus de utraque relicti caussa. Sed Justiniano demum auctore adducto verborum rigore ad nudam naturæ simplicitatem, quemadmodum quoad omnes juris effectus legata non amplius distarunt a fideicommissis; ita recessit vetus juris ratio de confirmandis, necne codicillis; quum enim hodie idem prorsus sit legare, ac fideicommittere, non amplius refert, utrum codicilli testamento confirmentur; nam & ratio una cessavit, qua antea confirmari debuerant, ut legata constitissent. Quare uti per Justinianum una convenere legata cum fideicommissis, ita communis facta est codicillorum caussa, sive essent, sive non essent testamento confirmati (*a*).

VII. Hinc animadvertere licet, quod Tribonianus in institutionibus prætermissa ea codicillorum divisione, quam Paulus protulit, quæque jus vetus proprie spectabat, alteram iniit, veluti novo juri magis accommodatam: atque ex quatuor illis codicillorum modis, duos generaliter Tribonianus agnoscit; vel nempe ad testamentum pertinentium, vel eorum, qui fiunt ab intestato: *Non tantum*, in-

(*a*) Vide Cujacium in tit. digestorum de annuis legatis &c. ad l. 18. & in paratitlis ad lib. 6. codicis tit. communia de legatis, & fideicommissis.

inquit (*a*), *testamento facto potest quis codicillos facere; sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest*. Itaque sub una juris regula complectitur quosvis codicillos ad testamentum factos, haud distinguens confirmatos a non confirmatis, quum revera non amplius ex Justiniano inter se se differrent. Neque dixeris, Tribonianum non secus omisisse diligentiorem codicillorum divisionem, quam ut brevitati institutionum consuleret; quasi satis habuisset maximam tantum attingere de pertinentibus ad testamentum, ac de confectis ab intestato. Etenim non video, cur vel in institutionibus negligeret ea codicillorum genera, quorum diversum jus tam late patet apud Consultos, quæque summopere intererat discriminare ob tam variam juris doctrinam, natam ex Prudentum interpretatione, ut ex illorum scriptis intelligiitur. Quinimmo vel in ipsa Pandectarum collectione non deprehenduntur, nisi mutila quædam juris dogmata, quæ codicillorum confirmationem spectabant; quum enim novo jure concidisset vetus juris differentia de legatis, ac fideicommissis, consulto Tribonianus prætermisit quoque, quod potissimum pertineret ad doctrinam de codicillis confirmatis; ut quodammodo veterum sententias componeret cum novo jure Imperatorum. Apertius hoc demonstratur ex instituta quæstione in institutionibus de codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento. Hic quidem etsi sermo habeatur de illorum confirmatione vel expressa, vel tacita; tamen haud de ea confirmatione intelligit, quæ secundum juris civilis rationem fieri debuerat, ut legata in illis relicta jure consisterent; sed de illa

(*a*) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

la voluntatis ratihabitione, de qua constare oportet, ut codicilli anteriores testamento non revocati intelligantur, testamento postea sequuto; qua de re jam late egimus (a). Excitavit quidem Tribonianus tractationem de ea codicillorum confirmatione, quam exigere vibebantur ii codicilli, qui fierent ante testamentum; hæc enim quum ad voluntatis quæstionem referatur, adhuc novo jure locum habet, ut suo loco monebimus. Sed reticuit alteram confirmationis speciem, quæ non tam voluntatis, quam juris rationem respicit. Quo manifestissime apparet, id tantum attigisse, quod ad jus novum conduceret, prætermissis iis, quæ jam conciderant ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa.

VIII. Præterea perspicuum est, post Justinianum nullam amplius haberi mentionem de codicillis testamento confirmatis, vel non confirmatis. Ac sane in nova juris collectione in Oriente postmodum habita, quæ Basilicorum libris continetur; quæque composita est ex præcipua Pandectarum, ac codicis Justinianei jurisprudentia, nulla prostant vestigia hujusmodi codicillorum differentiæ. Atque ubi Græci compositores tractationem instituunt de codicillis (b), quam hauserunt tum ex Pandectarum titulo *de jure codicillorum*, tum ex titulo Codicis Justinianei *de codicillis*, brevi quidem attingunt, quicquid potissimum ad codicillorum doctrinam pertinet, præter ea, quæ spectabant jus confirmationis. Hinc vides transcriptas eas veterum Consultorum sententias, quæ generaliter referri poterant ad doctrinam codicillorum ad testamentum pertinentium, neglectis iis, quæ proprie codicillos confirmatos

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (b) Basilic. lib. 36. tit. de codicillis.

tos reſpicerent, juriſque regulas inde profectas. Ut cetera taceam, ſatis eſt animadvertere, præteriiſſe quidem præ aliis integram ſententiam Legis VII. *de jure codicillorum*, quam ſane unicam in Pandectis deprehendes, ubi expreſſe agatur de confirmationis jure in codicillis. Item quum Paulus quærit in Lege VIII. §. III. an valeant *legata* ſcripta in codicillis teſtamento quidem confirmatis, ſed confectis tempore, quo teſtator adrogandum ſe præbuerat, qui tandem emancipatus deceſſerit; & ideo valere reſpondit, quod manente teſtati cauſſa ex jure Prætorio, ſatis erat, codicillos confirmatos haberi tempore, quo teſtamenti factionem habebat, licet ſcripti ſint tempore adrogationis, quum in codicillis confirmatis tempus magis teſtamenti, quam codicillorum ſpectetur (*a*); In Baſilicis refertur quidem Pauli ſpecies, prætermiſſis iis, quæ ad confirmationis regulas preſſius pertinerent; quum Græcus interpres inutile putaverit afferre, quod novo jure jam abrogatum videretur (*b*).

IX. Hæc porro Græcorum juris collectio non tam ipſa Prudentum verba reddidit, quam eas tantum ſententias, quæ commiſſæ cum novis Imperatorum conſtitutionibus unum veluti, ſibique conſentaneum juris corpus componere valerent. Quo factum, ut neglectis iis, quæ vel abrogata, vel moribus obſoleta videbantur, receptiorem juris doctrinam expreſſerit; ideoque ſublata per Juſtinianum differentia legatorum, ac fideicommiſſorum, indeque exciſa juris civilis ratione in confirmandis codi-

 cil-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. *n.* 10.

(*b*) Ita habetur in Baſilic. lib. 36. tit. 1. de codicillis: *Paulus l. 8. §. 3: Qui teſtamento codicillos confirmat, ſi quum adrogandum ſe præbuiſſet, id fecerit; ac poſtea emancipatus deceſſerit: quod actum eſt, valet; nam & teſtamentum valet.*

cillis, ſupervacaneum viſum eſt Græcis interpretibus in ſuos juris libros referre, quod jam receſſerat a veterum inſtitutis. Plane, quantum ex integra ea juris collectione perſpicere licuit, uno tantum loco deprehendi, ſermonem haberi de codicillis teſtamento confirmatis, qui tamen noſtrum magis videtur comprobare judicium. Dubitant adhuc interpretes, num jure Juſtinianeo ita generaliter communis facta ſit legatorum ratio cum fideicommiſſis, ut nulla penitus ſuperſit ſpecies, qua differre valeant. Donellus (*a*), ac Duarenus (*b*) præ ceteris affirmant, potiſſimum in ſpecie relictæ libertatis; ſi enim teſtator directam ſervo libertatem dederit, tum is manet libertus orcinus; ſin per fideicommiſſum, fit libertus ejus, a quo manumittitur; quod etiam monet ipſe Juſtinianus in inſtitutionibus (*c*). Etenim utcumque Imperator communem penitus fecerit cauſſam legatorum, ac fideicommiſſorum; nihilominus quoad dationem libertatis, non tam lege diſtingui videtur directa libertas a relicta per fideicommiſſum, quam teſtatoris voluntate; qui enim manumiſſionem alterius fidei committit, eidem reliquiſſe creditur jus patronatus; quum contra in libertate directa, ſtatim liber evadit morte teſtatoris (*d*); ideoque ex communi fere interpretum ſententia vel hodie differt datio libertatis directæ a fideicommiſſaria (*e*). Quod autem di-

(*a*) comment. juris civilis lib. 8. cap. 2.
(*b*) ad l. 1. de legatis 1.
(*c*) lib. 2. tit. 22. §. 2.
(*d*) l. 23. & 25. de manumiſſis teſtamento.
(*e*) Contrariam ſententiam propugnat Galvanus de uſufructu cap. 14. n. 22. ridetque Donellum, quod libertatem directam legato dari fateatur; atque, ut contendit, diverſa ſunt legata a libertate directe relicta; ac proinde nil hæc commune habeat cum legatis. Sed rem nimis operoſam aggreditur; nec viderim, cur directæ libertatis datio a legatorum ratione differat contra expreſſam Pauli ſententiam in l. 80. de verborum ſignif. *In generali repetitione legatorum*

discrimen vel post Justiniani legem nostri notarunt in directa, ac fideicommissaria libertate, agnoverunt etiam Græci interpretes; qui sane ubi animadverterunt, in manumissionibus adhuc perstare differentiam inter libertates directas, ac fideicommissarias, adoptarunt quidem in hac peculiari specie veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis; nimirum ut libertas directa, tamquam verbis civilibus concepta recte dari posset codicillis confirmatis; fideicommissaria vero non confirmatis; quod quidem acceperunt a Modestino, quum ait (a): *Libertates directæ & testamento, & codicillis testamento confirmatis recte dantur. Fideicommissæ & ab intestato, & codicillis non confirmatis relinqui possunt.* Itaque Græcorum jurisprudentia usque eo communes fecit codicillos confirmatos cum non confirmatis, quoad agnovit exæquationem in legatis, & fideicommissis, ex quorum diversa indole processerat ea distincta codicillorum ratio; At ubi in manumissionibus servorum ex voluntate saltem defuncti admisit differentiam inter directam, & fideicommissam libertatem, haud dubitavit in hac peculiari specie repetere vetus juris principium de codicillorum confirmatione; quod sane distincta illa relictorum genera consequebatur. Quare sive spectemus intimam juris potestatem veteri jure constitutam in codicillis confirmatis, ac-

etiam datæ libertates continentur ex mente legis duodecim tabularum. Provocat quidem ad l. 12C. eodem tit. sed vereor, ne hac ipsa lege magis arguatur. Ut ut sit de hujusmodi vocabuli potius, quam rei quæstione, quo jure inquam vetatur testatori, ne ex manumissione per fideicommissum præstanda, acquiratur jus patronatus ei, a quo libertatem dari jussit? Num per l. 2. C. communia de legatis hoc etiam cavisse Justinianum credendum est? Si ita sentit, videat, ne dicatur, Imperatorem defunctorum judicia potius pervertisse, quam ut exæquaret legata, ac fideicommissa.

(a) l. 43. de manumissis testamento.

ac non confirmatis, necessario dicendum est, hanc prorsus novo jure concidisse una cum sublata differentia inter legata, ac fideicommissa: sive animadvertatur illorum usus post Justiniani legem de communi legatorum, ac fideicommissorum natura, palam est, tum ex codicillorum divisione a Triboniano admissa in institutionibus, tum ex juris collectione in Oriente facta, locum amplius non fuisse duobus illis diversis codicillorum modis; quippe qui revera recesserant una cum illa varia reliquendi ratione a veteri jurisprudentia inducta, novoque jure abrogata.

X. Ex hactenus dictis intelligimus quoque, jure novo una cum confirmationis jure concidisse & cetera consequentia ab eodem principio profecta; quæque ex veteri jure superiori capite expressimus (a). Duæ quidem, ut vidimus, juris regulæ inde manarant, quarum unam altera consequitur: prima est, ut *scripta codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent testamento*; altera, ut *quoad relicta in illis tempus testamenti spectaretur, non codicillorum*, saltem in iis, quæ juris, non facti essent, vel quum aliter æquitatis ratio non suaserit. Recte hæc quidem veteres posuerunt in codicillis confirmatis; quum enim non nisi per fictionem juris valerent religiosam legatorum dationem codicillis concedere, quæ alioqui ex legis rigore in *solemnibus* tantum testamenti tabulis admitti debuerat; necessario factum est, ut *legata* in codicillis scripta, perinde haberi deberent, ac si scripta essent in ipso testamento, quo confirmatio fieret; cujus proinde tempus spectari quoque oporteret, ut ita fictionis speciem, quo-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10.

quoad possent, dissimularent, quasi testamento data viderentur, quæ revera relinquebantur codicillis. Quum autem jure novo nedum codicillis quoque solemnia tributa sint, sed omnino recesserit religiosa juris observatio in legatorum datione, evanuit idcirco, quicquid veteri illo juris principio adhærebat. Atque quid amplius opus est fictionibus, quum legare, ac fideicommittere una communi lege regantur? Quicquid enim ex uno fonte derivaverat, eo arefacto deficere necesse est. Ac profecto quæ juris ratio dictaverat, ut scripta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent testamento, ideoque relicti caussa referretur ad tempus testamenti; eadem adducta utriusque codicilli natura, confirmati scilicet, ac non confirmati, in eamdem juris potestatem, hodie efficit, ut locus amplius non sit illi codicillorum doctrinæ, quæ ex peculiari confirmationis jure proficiscebatur. Ridiculum enim esset sublato principio consequentia retinere, vel confirmationis leges adhuc servari, quum novo jure, sive codicilli confirmentur, sive contra, relicta in illis æquo jure considerentur.

XI. At inquies, numquid hodie vetatur testatoribus, ut si malint, codicillos in testamentis confirment? Atque si hoc lege non improbatur, cur & hodie non liceat confirmatos distinguere a non confirmatis? Cur, si testator testamento caverit: *quos codicillos feci, aut fecero, valere volo*, haberi nequit, quin relicta in illis ex testamento valeant ad differentiam alterius codicilli, qui non sit testamento comprobatus? At distinguere oportet juris potestatem a testatoris lege, seu voluntate; non enim disputamus, an post Justinianum valeant, necne co-

codicilli confirmari teſtamento; quum compertum ſit, id omnino pendere ex teſtatoris arbitrio, quod nemo ſanus contenderit. Sed utcumque teſtamento codicilli comprobentur, numquam ſervabunt eas juris regulas, quas vetus juriſprudentia in illis induxerat, ſive illam juris poteſtatem, quæ deſcenderat a varia legatorum, ac fideicommiſſorum datione; quum enim hæc novo jure ceſſaverit, evanuit propterea vetus illorum doctrina; atque tantum juris hodie obtinent codicilli confirmati, quantum non confirmati, quemadmodum tantum valent legata, quantum fideicommiſſa. Teſtator igitur, ſi teſtamento eos confirmaverit, conſtantem quidem voluntatis ſuæ ſignificationem oſtendet, non ſecus ac ſi non teſtamento, ſed aliis codicillis eos comprobaverit. Atque ſi ante conditum teſtamentum ſcripſerit codicillos, quos deinde teſtamento confirmet, vel alia noviſſima ſcriptura, utilis quidem fiet confirmatio ad comprobandam retentam illorum voluntatem, ut late diximus, quum egimus de codicillis anterioribus teſtamento (a). Quod ergo ſpectat tutiorem voluntatis manifeſtationem, recte quidem codicilli confirmabuntur; ſed ſi contenderis, quod relicta in illis ex teſtamento valeant, vel quod teſtamenti tempus ſequi oporteat, dabis quidem hujuſmodi codicillis, quod jure novo omnino receſſit.

§. Ulti-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult.

§. Ultimus.

De committenda veteri cum nova codicillorum doctrina.

I. Quæ hactenus exposuimus de universa codicillorum doctrina tum veteri, tum nova, satis demonstrant, quo revera spectaverint veterum sententiæ, quæ prostant in Pandectarum libris; ac quemadmodum committendæ sint cum novis Imperatorum decretis; ne aliter, ut vulgus solet, utriusque juris ratione perturbata, dum legum sententiis abutimur, nec nobismetipsis constare videamur. Vidimus quidem omnem novi juris doctrinam, ad duo summa capita referri: unum, quod solemnem spectat codicillorum ritum: alterum, quo in unam consonantiam perducta est vetus juris differentia de codicillis confirmatis, ac non confirmatis testamento. Quod ad primum attinet, ex apertissima Theodosii constitutione (a) satis intelleximus, quinam ille sit, quo differat a testamentorum solemnibus, quove conveniat (b); quod ubi teneatur, facile animadvertimus, qua mente accipi debeant veterum sententiæ, in quibus codicilli considerantur sine juris solemnibus. Quæ autem profecta sunt ex vario juris principio, falso ad jus nostrum convertes, nisi caute ea tantum carpseris, quæ sine novi juris offensione commode valeas retinere; quod tamen facile is viderit, qui veterem simul, ac novam codicillorum formam complectatur.

II. Hinc

(a) L. ult. §. ult. C. de codicillis. (b) Vide quæ diximus §. 1.

II. Hinc deſcendit, ut quæ veterum proſtant Conſultorum ſententiæ de codicillis, aut epiſtolis, non ſecus retinendæ videantur, ac converſæ in novam codicillorum conformationem. Ex. gr. habetur ex Papiniano (a), quod ſi teſtamentum recte factum rumpatur poſtea per adrogationem teſtatoris exinde ſequutam, nequeat quidem reconvaleſcere ex jure Prætorio; niſi is tandem *ſui juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem teſtamento ſe mori velle declaraverit*. Palam eſt, hic per *codicillos*, ſive per *litteras* intelligendam ſupremam illam voluntatis ſententiam quinque teſtium præſentia ſolemniter declaratam. Etenim utcumque Papinianus revera ſenſerit de voluntate non ſolemni ſecundum veteris juris obſervationem; quum tamen jure novo codicilli etiam ſolemnia acceperint, inutilis prorſus hodie ſit quævis ſuprema voluntas præter teſtamentum non ſolemniter peracta. Caute quoque interpretaberis Ulpiani locum; quum ait (b): *Non ſolum autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt; & quidem NUDA VOLUNTATE*. Datio quidem, vel ademtio legatorum recte fit, vel teſtamento, vel codicillis: quarum tabularum licet una altera ſit ſolemnior; ambæ tamen juris ſolemnia omnino deſiderant. Sed quid Ulpianus ait: *NUDA VOLUNTATE*? Nimirum quia jure veteri quum codicilli conſtarent ſine ſolemnibus, recte proinde vel *nuda voluntate* legata poterant vel dari, vel adimi: quod tamen hodie non obtinet.

III. Opportune hic ſe offert quidam diſputationis locus inter Pragmaticos tam perturbate tractatus de revocandis

nem

(a) l. 11. §. 2. de bonorum poſſeſſionibus ſecundum tabulas.
(b) l. 3. §. 11. de adimendis, vel transferendis legatis, vel fideicommiſſis.

nempe testamentorum tabulis per posteriores codicillos: quemadmodum scilicet hoc liceat admitti, quibusque juris solemnibus. Refert hic principio distinguere duo quæstionis capita, quæ sæpe vulgo ita confunduntur, ut non tam rerum, quam verborum magis excitentur controversiæ. Unum est, si quæratur, quidnam testator per codicillos immutare valeat ex voluntate in testamento prius declarata. Alterum, num per codicillos posteriores rumpi omnino valeat prius conditum testamentum; ita ut defuncti successio non ex testamento, sed ex codicillis prorsus habeatur.

IV. Si primum quærant, eo loco, quo jus codicillorum a testamentis discriminavimus, plenius exposuimus (a), quid codicillis liceat, quid testamentis, quo inter se se distinguantur, quove conveniant; adeo ut ne actum agere videamur, præstat iterum non repeti, quod alibi opportunius commonstravimus. Hoc tantum addam, ex apertissima juris regula perspicuum est, *codicillis nec dari, nec adimi posse hereditatem, nisi per fideicommissum*, attamen prostat insignis quidam juris locus, quo etsi regula quidem retinetur, subest tamen hac de re peculiaris facti species, quæ sane expositione indigere videtur, ne facile a regula aberremus. Etenim interdum contingit, ut hereditas data testamento, codicillis deinde recte adimatur; ita tamen, ut ea in alium non transferatur; sive adimitur quidem ei, cui testator dederat testamento, licet nequeat ad alium transmitti. Extat hanc in rem rescriptum Imperatoris Alexandri, qui ita inquit (b):

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 2.
(b) l. 4. C. de his, quibus, ut indignis &c.

Hereditas in testamento data per epistolam, vel codicillos adimi non potest. QUIA TAMEN TESTATRIX VOLUNTATEM SUAM, NON MERERI UNUM EX HEREDIBUS DECLARAVERAT, MERITO EJUS PORTIO NON JURE AD ALIUM TRANSLATA, FISCO VENDICATA EST. *Libertates autem in eadem epistola datæ peti poterunt.* Fingit Imperator, quem in testamento duos heredes instituisse; tum in codicillis, sive epistola declarasse, unum quidem ex heredibus institutis indignum hereditatis, ad cujus partem alium proinde vocavit: Quærebatur, an portio hereditatis indigno ademta, in alium transferri valeret; an magis ad Fiscum pertineret? Et a Fisco vindicandam respondit, veluti indigno relictam. Sed qui fiet, ut hereditas codicillis adimatur, quum aperto jure id vetitum appareat? Respondet Connanus (a), tum proprie quid adimi videri, quum dum ei tollitur, cui prius datum erat, alteri transfertur: Nec alio spectare juris regulam, codicillis nempe adimi non posse hereditatem; nisi quod nequeat heres in illis institui. Vel quum alicui hereditas adimitur, ea tamen ad alium non transmittitur, ut non ademta, sed quasi numquam data videatur. At rectius existimaverim, hoc ideo esse, quia ea hereditatis portio non tam a testatore adimitur, quam lege indigno aufertur. Declarat quidem testator, eum hereditatem non mereri, sed quum indigni *jure* ab hereditate arceantur, non videtur ea ablata a testatore, sed a lege; ideoque a Fisco vendicatur. Plane non prohibetur quidem testato

(a) comment. juris civilis lib. 9. cap. 7. n. 3.

tori alium heredem ſufficere in locum indigni; ſed quum in ſpecie Imperatori propoſita id factum diceretur in *codicillis*, non in poſteriori fortaſſe teſtamento, recte Imperator reſcripſit, eam hereditatis partem ad Fiſcum omnino pertinere, quum nequeat transferri in alium, quem teſtator in teſtamento non nominaverat; propterea quod hereditas codicillis adimi non poteſt, licet *libertates*, ut ait, *in eadem epiſtola datæ peti poterunt*, utpote quæ nihil obſtat, quin codicillis relinquantur.

V. Sed veniamus ad alterum quæſtionis caput, quum nempe Pragmatici quærunt, an umquam fiet, ut per poſteriores codicillos prius teſtamentum rumpatur. Quicquid temere ſcriptitaverint, certiſſimi juris eſt, numquam rumpi poſſe anterius teſtamentum per poſteriores codicillos, qui teſtamenti pars, atque ſequela habentur (*a*); ſive, quod idem eſt, per codicillos *ad teſtamentum factos*. Quippe datio hereditatis non codicillis, ſed teſtamento tantum conſtat (*b*); ideoque idem eſſet revocari teſtamenta per codicillos, ac penitus confundi, perturbarique utriuſque teſtationis naturam. Deinde quonam pacto hujuſmodi codicilli ruperint illud teſtamentum, ex quo ita vires ſuas capiunt, ut aliter conſtare nequeant? Quid porro parti tribues, ſi totum ſubvertatur? Hæc ſane quoad codicillos *ad teſtamentum pertinentes*; de confectis vero ſine teſtamento res aliter ſe habet. Hi quidem, ut monuimus, longe diſtinguuntur a ceteris codicillis; etenim quum inſtitutionem heredis legitimi complectantur, ſuiſque viribus conſiſtant, vicem proinde teſtamenti exhibent, ut

(*a*) l. 1. & 2. de injuſto rupto, irrito facto teſtamento.
(*b*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 2.

Consulti loquuntur, illiusque naturam omnino imitantur. Quum ergo non habeantur, tamquam testamenti sequela, quin & testamentum ipsum exprimant, nulla juris ratio obstat, quominus testamenta prius facta rumpere non valeant; etenim si prius testamentum rumpitur per posterius, nulla caussa est cur idem non dicatur de iis codicillis, qui vice testamenti habentur. Et alioqui quum in his successio deferatur heredibus legitimis, quid obstat, ut testator discedens a priori voluntate in testamento scripta, decedere malit cum codicillis dumtaxat ab intestato? Aperte hoc Ulpianus expressit, quum inquit (a): *Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est; nisi forte posterius, vel jure militari sit factum; vel IN EO SCRIPTUS EST, QUI AB INTESTATO VENIRE POTEST; tunc enim ET POSTERIORE NON PERFECTO SUPERIUS RUMPITUR*. Per posterius testamentum *non perfectum* intelligit hic Ulpianus eam supremam voluntatem, cui solemnia desint; quæque proinde ex jure veteri ad *codicillos* referebatur (b). Ergo recte rumpitur prius testamentum per codicillos ab intestato, seu per posterius testamentum *non perfectum*, ut ait Ulpianus, in quo scriptus sit heres, *qui ab intestato venire potest*. Itaque quum Pragmatici tanta verborum insolentia quærunt, an posterioribus codicillis rumpi valeat testamentum antea factum, statim quæstioni occurretur, si distinguant codicillos ab intestato a ceteris, qui ad testamentum fiunt; in illis quidem licet, quum suis viribus hæreant, vicemque exhibeant testamenti; in his non

(a) cit. l. 2. de injusto, rupto, irrito facto testamento.

(b) Vide Cujacium ad cit. l. 2. de injusto rupto &c. testamento; & Connanum commment. juris civilis l. 7. cap. 8. n. 6.

non item :quippe qui, tamquam teſtamenti partes, atque ſequela, nuſquam ſine illo conſtabunt.

VI. Quod ſi quærant, utrum in hujuſmodi codicillis ab inteſtato, quibus rumpatur prius teſtamentum, exigantur quoque juris ſolemnia a Theodoſio præſcripta, id eſt ſolemnis numerus quinque teſtium, nemo eſt, qui dubitaverit, niſi jus, quo utimur, penitus ignoret. Et quamquam ex relata Ulpiani ſententia id non habeatur, quum Conſultus loquutus ſit ſecundum veteris juris normam; attamen ſi nolint hoc repetere a generali Theodoſii conſtitutione de nova codicillorum forma omnibus codicillis communi (a), audiant eumdem Imperatorem, quum loquens de codicillis ab inteſtato, quibus rumpatur prius teſtamentum, hoc idem expreſſe cavit his verbis (b): *Si quis autem teſtamento jure perfecto, poſtea ad aliud venerit teſtamentum, non alias quod antea factum eſt, infirmari decernimus, quam ſi id, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, jure fuerit conſummatum. Niſi forte in priore teſtamento ſcriptis his, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad ejus hereditatem vocantur; eo enim caſu licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior*, (vel Theodoſius imperfectam ſcripturam appellat, cui deſint teſtamenti ſolemnia, ut vidimus ex Ulpiano) *infirmato priore teſtamento, ſecundam ejus voluntatem, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem ultimam inteſtati valere ſancimus. IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; QUO NON*

(a) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis (b) l. 21. §. 3. C. de teſtamentis.

NON FACTO, VALEBIT PRIMUM TESTAMENTUM, licet in eo scripti videantur extranei.

VII. Hæc hactenus animadvertisse sufficiat de committenda veteri cum nova codicillorum doctrina quantum ad primum immutationis caput. Quod autem alterum spectat, de sublata nempe juris differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos testamento, cautius interpretaberis veterum Consultorum sententias; præsertim quod ea vetus doctrina nata ex fraudulento Prudentum consilio in transferendis, fictionis præsidio, verbis civilibus ad codicillos, quod sane legis rigori obstabat; occultiorem proinde effecit eam codicillorum rationem, qua illud juris mysterium obducebatur. Accessit quod Tribonianus in Pandectarum collectione, dum illam subtrahere studuit, ut novo juri quodammodo non opponeretur, erasit fortasse, quæ conducerent ad rectam veteris juris intelligentiam, novique magis manifestasset principia. Attamen perspectis jam sinceris veterum sententiis de codicillis confirmatis, ac non confirmatis, distinctisque variis cujusque codicilli regulis, statim deprehendimus, nihil earum prorsus pertinere ad jus novum. Hinc quæ veterum supersunt fragmenta de peculiari jure in codicillis confirmatis, veluti suppressa novis Imperatorum constitutionibus, nequeunt transferri ad novam illorum indolem, nisi in contradicentia impingamus. Quo sane spectat consectaria disputatio, quam absoluto commentario de veteri, ac novo jure codicillorum, examinandam modo suscipiemus adversus Boehmerum, ejusque fautores. Profecto quisque viderit, quemadmodum ex ignoratione, sive

ſive confuſione magis novæ cum veteri doctrina in ea abſurda offenderint, quæ tam aliena ſunt a jure, quo utimur, ut hoc deſtruere omnino videantur.

VIII. Ex hoc autem immutationis capite non levis hic excitari poteſt dubitandi locus de jure codicillorum, qui fiant ante teſtamentum; an ſcilicet doctrina, quam expoſuimus de hujuſmodi codicillis (a) conveniat, necne cum jure novo de exæquatione legatorum cum fideicommiſſis; ſive quid hodie juris ſit inter codicillos anteriores, ac poſteriores teſtamento? Jam late vidimus (b), quid hac de re arbitrari liceret, ſtante veteri diſcrimine legatorum a fideicommiſſis, tum ex Papiniani ſententia in Pandectis tranſcripta, tum ex reſcripto Imperatorum Severi, & Antonini a Triboniano in inſtitutionibus relato; atque inter tot interpretum diſſidia manum quoque admovimus, quo componeretur Papiniani ſententia cum reſcripto Imperatorum, itemque Triboniani judicio. Sed præſtat hoc loco conſiderare, quemadmodum ea doctrina de codicillis factis ante teſtamentum accommodari valeat novo juri de exæquata legatorum ratione cum fideicommiſſis; quum varia illorum cauſſa diverſum quidem jus effecerit in hujuſmodi codicillis; adeo ut, quum hodie hoc diſcrimen ceſſaverit, non immerito exquirendum videatur, quid porro ſtatuendum ſit ſecundum normam novi juris.

IX. Sed ex iis, quæ antea monuimus, facile apparebit hujus quæſtionis definitio. Dum ſtetit diſcrimen inter legata, & fideicommiſſa, ſi legata ſcriberentur, codicilli confirmari debuerant *teſtamento*, ſive ante, ſive poſt

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (b) loco cit.

post testamentum fierent; sin fideicommissa, in anterioribus exigebatur quidem retentæ voluntatis probatio in quavis novissima scriptura declarata, non item in posterioribus, ea nempe de caussa, quam discimus, tum a Papiniano, tum a rescripto Severi, & Antonini; quod quum agatur de voluntatis quæstione, opus est aliqua recenti voluntatis significatione, sive expressa, sive tacita, qua constet, testatorem priores codicillos retinere voluisse. Ergo antiquata differentia inter legata, & fideicommissa, etsi una concidisset jus confirmationis in *testamento*, qua legata vim suam caperent, permansit tamen illa juris ratio de voluntatis probatione, qua appareret retenta defuncti voluntas in anterioribus codicillis expressa; ideoque ut ut exoleverit jus confirmationis quantum ad legata, certe stare debuit, quod tantum spectaret voluntatis quæstionem. Quare ex duobus diversis juris principiis, unum, quod referebatur ad relicta verbis directis, alterum, quod respexit quæstionem voluntatis, ubi primum cessavit in consequentiam exæquationis legatorum cum fideicommissis, nulla caussa est, cur alterum permanere non debuerit, tamquam ex vario fonte derivatum. Hoc præmisso necessario consequitur, vel hodie distare codicillos anteriores a posterioribus, quantum ad voluntatis caussam; si enim conficiantur post testamentum, nihil desiderabunt; nam veluti sponte sua partem quidem facient illius; sin ante, tum intercedat oportet recens animi significatio saltem tacita, qua probetur, testatorem eos revera retinuisse; aliter tamquam revocati censebuntur testamento postea sequuto; ideoque ex revocata defuncti voluntate nullo jure constare poterunt.

Scio,

Scio, non paucos interpretes contrarium tradere; quum ſatis habeant, voluntatem in codicillis anterioribus expreſſam non eſſe poſteriore teſtamento revocatam. Sed, ut oſtendimus (*a*), id ideo factum, quod crediderunt, Imperatores Severum, & Antoninum revera quid diverſum reſcripſiſſe a Papiniani ſententia, quod numquam admiſerim, ut loco ſuo longius demonſtratum eſt (*b*).

(*a*) cit. cap. 1. §. ult. (*b*) Vide quæ diximus loco cit.



DISPUTATIO
CONSECTARIA
De ſolemni quinque teſtium numero in codicillis vel teſtamento confirmatis adverſus JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM.

I. 

Uoniam, ut alias innuimus, nil magis periculoſum eſt in jure Romano interpretando, quam legum ſententias Pandectarum libris relatas conferre cum poſterioribus Principum conſtitutionibus; non ſemper enim comperies unam eamdemque vocem utraſque redolere: hinc factum, ut Pragmatici præſertim, quibus datum eſt omnia perturbate tractare, vel non ſatis intelligentes intima veterum Juriſconſultorum oracula, vel minime diſtinguentes veterem a nova juriſprudentia, quin legum exprimant poteſtatem, eas magis pervertant; atque ſæpiſſime fit, ut quum utriuſque juris rationem conciliare ſtudeant, diverſum quoddam jus componant, non modo alienum a veterum ſententiis, ſed ignotum ipſiſmet Imperatoribus. Huic malo quidem præter Scriptorum imperitiam in Romani juris hiſtoria, occaſionem quodammodo præbuit ipſamet Juſtinianea juris collectio.

Et

Etenim quamquam Justinianus curaverit, Pandectarum codicem ita confici, ut nil in eo insertum, vel antiquatum appareret, vel cum novo jure pugnaret (a); hoc tamen revera Tribonianus non præstitit; nec tam brevi temporis intervallo, quo Pandectæ compositæ sunt, præstari poterat; quin haud crediderim, hoc unquam Tribonianum fore assequuturum, nisi veterum sententias in aliam prorsus formam vertisset. Atque jam pridem docti viri animadverterunt, quot falsa juris dogmata in vulgus manaverint ex falsa illa opinione in foro potissimum recepta, quod unum, idemque jus perpetuo exprimat Codex Justinianeus, ac Pandectarum.

II. Constat autem ex Theodosii lege, ut vidimus, non secus valere quamcumque supremam voluntatem præter testamentum, quam solemni adhibitione quinque testium. At quis crederet, contra hanc expressam novi juris constitutionem, Boehmerum præsertim haud veritum esse dissertationem peculiarem instituere *de codicillis sine testibus validis*, idque probare contendisse veterum Consultorum sententiis? Arbitratur quidem, constitutionem non respicere codicillos testamento confirmatos. Sed quid ineptius, quam ad jus novum referre veterem doctrinam de codicillis confirmatis, quum hæc jam exoleverit una cum differentia inter legata, ac fideicommissa? Verum, ut huic manifestissimo errori plenius occurratur, rem omnem ordine suo præstabimus.

 §. I. Sum-

(a) Ita inquit Justinianus epistola ad Tribonianum de conceptione digestorum §. 10. *Sed & si quæ leges in veteribus libris positæ jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus.*

§. I.

Summma diſputationis exponitur.

I. QUum Boehmerus vidiſſet, codicillos ex Pandectarum libris nullam prorſus ſolemnem teſtium præſentiam deſideraſſe, quam quidem veteres teſtamentorum tantum tabulis adſcripſerant; contra vero in Codice Juſtinianeo præſcribi ſolemnem quinque teſtium numerum ex Theodoſii conſtitutione (a), haud a jure alienum putavit, ſi, quantum res ferret, novam Theodoſii legem ad veteris juris normam quodammodo transferret: Expreſſerat quidem generaliter Theodoſius quinque teſtium præſentiam in quavis ſuprema voluntate teſtamento excepto; ita enim inquit (b): *IN OMNI AUTEM ULTIMA VOLUNTATE, excepto teſtamento quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur*: At quum non aliam codicillorum fecerit mentionem, niſi de confectis vel per ſcripturam, vel per nuncupationem, credidit Boehmerus, hoc ſatis eſſe ad legis poteſtatem extenuandam; ita ut nil fortaſſe proponi contra Imperatoris mentem videretur, ſi certum codicillorum genus exciperet a generali lege de quinque teſtium præſentia. Hinc accepto veteri codicillorum diſcrimine inter teſtamento confirmatos, ac non confirmatos, quoniam de confirmatis teſtamento proſtat in

---

(a) in L. ult. §. ult. C. de codicillis. (b) loc. cit.

in Pandectis quædam peculiaris juris regula a non confirmatis longe diversa, nimirum ut scripta in illis perinde haberentur, ac si scripta essent in ipso testamento; opportune existimavit, rem ita componi posse, ut Theodosii præscriptum respiceret codicillos tantum testamento *non confirmatos*, non item *confirmatos*; hi enim quum ex veterum Consultorum doctrina ex testamento valere dicantur, nil referre credidit, utrum Theodosiano ritu, nec ne conficiantur; quum alioqui ipsa testamenti solemnia ad codicillos quoque *confirmatos* transferri valeant, perinde ac relicta in hujusmodi codicillis in ipso solemni testamento scripta essent.

II. Hoc speciosum juris commentum nolim profecto uni Boehmero adscribere; is enim utcumque dilatare illud studuerit peculiari disputatione; nihilominus præcipua rerum capita mutuatus est ex quorumdam interpretum scriptis, quibus primo in mentem venit hoc novum juris principium offundere; haud animadvertentes, quo revera spectaret ea vetus codicillorum doctrina, quæ nullo pacto poterat cum novo jure convenire. Ac sane inter eruditiores neminem deprehendi hujus sententiæ fautorem, præter unum Hugonem Donellum (*a*), cujus doctrinam amplexus est quoque Vinnius (*b*), ut solet; quamquam Osualdus Hilligerus haud dissimulaverit Donelli errorem notare (*c*). Ex schola vero forensi Bartolus primo hoc idem in scenam adduxit (*d*), mutata tamen sermonis proprietate; scribit enim jure constare scripturam, sive *schedulam* sine solemni testium nu-

(*a*) Comment. juris civil. lib. 7. c. 19. n. 10. & 20.
(*b*) Inst. lib. 2. tit. ult. §. ult.
(*c*) Ad Donellum enucleatum l. 7. c. 19.
(*d*) in l. si ita scripsero de cond. & demonstr.

numero, ad quam teſtator in teſtamento ſe retulerit; puta ſi teſtamento declaraſſet, ſe præſtare velle, quicquid codicillis, ſive ſchedulis reliquiſſet: quod ſane nil aliud eſt, niſi codicillos teſtamento confirmari. Utcumque autem Bartolus ſchedulam non ſolemnem teſtamento confirmatam approbarit, intellexit tamen de ſcriptura manu teſtatoris exaratam; ita ut ex literarum comparatione, aliiſque argumentis, ut arbitratur, certa habeatur ſcripturæ fides. Sed Paulus Caſtrenſis (*a*) non dubitavit Bartoli doctrinam protrahere etiam ad ſchedulas aliena manu conſcriptas. Res tandem in Pragmaticorum vulgus pervenit, quorum ingens turba, ut moris eſt, undique fluctuare viſa eſt. Quidam cæco impetu in Bartoli, ac Caſtrenſis doctrinam jurarunt; cum quibus mirum quidem eſt, Antonium Fabrum communionem feciſſe (*b*). Alii, recentiores præſertim, haud veriti ſunt Bartolinis reſiſtere, ut Theodoſii conſtitutionem a tanta calumnia vindicarent; quos inter eminet Harprechtus (*c*), ut non immerito Heineccius fateatur (*d*), litem adhuc eſſe ſub judice. Ceteri demum, qui ſatius exiſtimarunt mediam magis tenere viam inter oppoſitas ſententias, vix ſibi conſtant; atque mutuatis ex Arabum dialectica ſpecioſis verborum figmentis, ita quæſtionem involverunt, ut amplius non appareat difficultatis nodus. Pleriſque placuit diſtinguere, an hujuſmodi ſchedula *implicite*, vel *explicite* in teſtamento comprobetur; aliis, an *per modum unius*

(*a*) ad cit. l. ſi ita ſcripſero de condit. & demonſtr.

(*b*) de erroribus Pragmaticorum decade 9. errore 3.

(*c*) vol. 1. conſ. 5.

(*d*) Antiquit. Rom. ad inſt. lib. 2. tit. ult. §. 16.

unius, an *plurium*; an *definite*, an *indefinite*; ac similia exhibent nugatoria commenta, quæ non verentur in re seria proferre. Mitto alteram secundariam litem, quam excitarunt de probatione *identitatis* schedulæ, ut aiunt, ne facile fides præstetur scripturis non solemnibus præter veram testatorum voluntatem. Suaves sunt porro, quum inter tot tumultuarias quæstiunculas videas, vel unius, vel duorum, vel plurium testium præsentiam a plerisque desiderari pro schedulæ probatione. Atque in summa temere in omnia irruentibus, legumque auctoritatibus falso usurpatis, frustra conaberis ex illorum scriptis percipere, quo revera pertineat temeraria eorum doctrina, an referatur ad supremas voluntates, an ad ceteros actus inter vivos, an intelligant de pagani codicillis, an de testationibus privilegiariis; ut desipere prorsus cogatur, qui eorum deliriis insistat.

III. Verum in tanta rei forensis perturbatione qui serio Theodosii constitutionem investigaverit, statim cognoscet, rem suapte natura manifestissimam adductam quidem esse in quæstionem interpretum licentia, ac errore. Etenim quum Imperator intellexerit novam codicillorum formam statuere a veteri jure diversam, qua solemnis quinque testium numerus cavetur *in omni ultima voluntate excepto testamento*, nescíverim, qua fronte audeant eumdem testium numerum negare in *codicillis testamento confirmatis*; quum ceteroqui legis sententia generaliter referatur ad quamcumque supremam voluntatem extra testamenti tabulas. Duo quidem in jure habentur testationum genera; nimirum vel *testamentum*, vel *codicilli*; si ergo Imperator præter testamentorum tabulas expresse tri-

tribuit quinque teſtium numerum altero teſtationis modo, qui fiet, ut codicilli confirmati a lege abſtrahantur? Nonne manifeſtiſſime in legem ipſam offendes, quum ex una, eademque codicillorum forma ab Imperatore generaliter præſcripta duas feceris inter ſe ſe oppoſitas? Atque ne fruſtra repetantur, quæ longiore ſermone pertractavimus capite II. noſtri commentarii de genuina Theodoſianæ conſtitutionis ſententia (*a*), jure hic contendimus, unam prorſus eſſe codicillorum formam novo jure conſtitutam, ſive confirmatio in teſtamento adjiciatur, ſive contra, unoque ritu æque expleri debeat quodcumque codicillorum genus; quum unam Theodoſius formam cuique adſcripſerit ad differentiam conſtitutionis Conſtantini Magni, qui primus ſolemnia admiſerat in codicillis tantummodo *ab inteſtato* (*b*)].

IV. Quocirca quum in Codice Juſtinianeo apertiſſimo jure ſtatuatur ſolemnis quinque teſtium adhibitio in ſuprema voluntate per *codicillos* expreſſa, noſtra aſſertio ſatis liquet ex legis verbis, ut nullo penitus argumento indigeat; ac propterea in hac diſputatione id unum præſtat, ut adverſariorum eluantur argumentationes, quibus legem circumveniunt, ut errorem ſuum tueantur. Ne autem rerum varietate obruamur, rectius putaverim diſputationem diſpertire in ſua quæque capita; ut primo loco videamus, quo pertineant legum auctoritates, quæ in contrarium afferuntur a Boehmero, ſuæque ſententiæ fautoribus: tum expendemus rationes, quibus eam comprobare videntur; deinde inveſtigabimus receptam fori ſen-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 2. de novo jure codicillorum §. 1.
(*b*) cit. cap. 2. §. 1. n. 1. & 2.

ſententiam, ſive quid hactenus hac in re prodierit ex præcipuis Senatuum decretis, Italiæ præſertim; ut ita diſputatio ad mores quoque, quibus utimur, flectatur. Poſtremo inſectabimur Boehmerum, quoad alteram ſuæ diſſertationis partem, de ceteris nempe teſtationibus, quas etiam valere contendit ſine quinque teſtium præſentia, quaſque perperam ad codicillos retulit.

§. II.

Convelluntur contraria argumenta ex juris locis petita.

I. NE verborum ambagibus quæſtio involvatur, liceat hic principio præmittere, *codicillorum* nomine, præſertim jure novo, venire quamcumque ſupremam defuncti voluntatem præter teſtamenti rationem; ſive ea ſcripta ſit, ſive per nuncupationem, ſive facta ab inteſtato, ſive pertinens ad teſtamentum, ſive demum directe declarata, ſive per fideicommiſſum; quantum enim ad juris ſolemnia una eſt omnium cauſſa, unoque ritu expleri debent. Etenim utcumque veteres diſtinguerent *codicillos* ab *epiſtolis*, quatenus in illis proprie legata ſcriberentur, in his fideicommiſſa; ſublata tamen per Juſtinianum differentia inter legata, & fideicommiſſa, nec amplius diſtant *codicilli* ab *epiſtolis*. Vulgo etiam *ſchedulas* quandoque appellant ea appendicula ſupremæ voluntatis extra teſtamenti tabulas; ſed quoquo modo eas nominemus, perſpicuum eſt, eadem juris ſolemnia ex Theodoſio

 om-

omnibus uno modo præscribi. Etenim Imperator prætermissis tot variis codicillorum nominibus, generali significatione, illis nempe verbis *in omni ultima voluntate excepto testamento*, complectitur quicquid ad suprema pertineret excepta caussa testamenti ; ut ita sub una lege comprehenderet quicquid extra testamenti tabulas vagaret.

II. Hoc posito videamus, quidnam ab adversariis afferatur, ut codicillos, sive *schedulas* testamento confirmatas a Theodosii lege excipiant; & primo cujus momenti sint legum auctoritates, quæ communiter afferuntur. Tria juris loca hic profert Boehmerus (a) ad suam sententiam comprobandam, quorum duo accepit a Donello, tertium a Bartolo, ejusque sectariis; a Donello quidem profertur Lex 77. *de heredibus instituendis* : atque Lex 10. *de conditionibus institutionum*; a Bartolo vulgata Lex, *si ita scripsero* 38. *de conditionibus*, *&* *demonstrationibus*. Mirum quidem est, ex Pandectarum libris, unde relatæ leges depromtæ sunt, argumenta hic duci ad nostram quæstionem; ubi enim agitur de interpretatione Theodosianæ constitutionis, nescivierim, quo pacto crediderint, id assequi posse veterum Consultorum sententiis, quas sane perperam retuleris ad novum jus Imperatorum. Jam vidimus, quemadmodum jure Pandectarum codicilli nullis juris solemnibus admitterentur, unaque intelleximus, non nisi ex Theodosio eos solemnes omnino probatos. Qui ergo fiet, ut jus novum explicent ex veteri juris norma? An Consulti intendere potuerant in novas leges?

(a) cap. 1. suæ disput. §. 15. & seq.

leges? Haud negaverim, recte conferri Pandectarum sententias cum jure Codicis, ubi una voce consentiant; sed quomodo ad novi juris interpretationem argumenta sumi valeant ex jure jam abrogato, prorsus non video. Etenim frustra quærimus a veteribus Consultis, an codicilli confirmati exigant solemnem numerum quinque testium a Theodosio præscriptum; quum codicillorum solemnia ignota illis fuerant. Itaque ut huic disputationi recte occurrerent, non aliam legum auctoritatem opponere debuissent, nisi quæ vel ex ipsa Theodosii lege, vel posterioribus haberetur constitutionibus.

III. Verum ut ut intempestive recurrant ad eas leges, quæ jure pertrahi nequeunt ad nostram disputationem, præstat tamen, ut audiamus, quid umquam ex iis sibi voluerint. Ex tribus autem præcipuis juris locis, quæ hic afferuntur, primum est, ut Donello satisfaciamus, tum descendere ad Bartolinos licebit. Plura quidem falsissima juris dogmata congerit Boehmerus ex hujusmodi Pandectarum locis quoad juris veteris observationem in codicillis; sed ne a quæstione aberremus, hic tantum inspiciemus, quod pertinet ad propositam controversiam, cetera alibi opportunius examinabimus. Offert itaque Donellus duas juris sententias, unam Papiniani (a), alteram Ulpiani (b); quæ tamen unam, eamdemque speciem complectuntur. Certi juris est, hereditatem directe neque dari, neque adimi in codicillis; quum hereditatis datio non nisi testamento constet, ne confundatur jus co-

(a) in l. asse toto 77. de heredibus instituendis.

(b) in l. institutio talis 10. de conditionibus institutionum.

codicillorum cum testamentis (a); hinc Papinianus hanc speciem proponit: *Asse toto non distributo ita scriptum est: QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, HERES ESTO. Titium CODICILLIS heredem instituit, ejus quidem institutio valet, ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit; tamen hæc ex testamento data videtur* (b). Apertissima est Consulti sententia: Si quis testamento ita dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, deinde codicillis heredem scribat, quæri posset, an valeat hujusmodi institutio; quum ex recepta juris regula nequeat hereditas directe codicillis dari. Et valere ait; quia hæc institutio non ex *codicillis*, sed ex *testamento data videtur*. Idem proponit Ulpianus (c): *Institutio talis: SI CODICILLIS SEJUM HEREDEM SCRIPSERO, HERES ESTO, non est inutilis in quovis herede instituto præter filium; est enim conditionalis institutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est: verum conditionalis est hæc institutio, quæ testamento data esset. Proinde & si ita scripserit: CUJUS NOMEN CODICILLIS SCRIPSERO, ILLE MIHI HERES ESTO, pari ratione dicendum erit institutionem valere, nullo jure impediente*. Ex duobus istis juris locis perspicuum est, id unum in quæstionem venisse, num scilicet institutiones in testamento ita conceptæ: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, vel demum: *si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto*, inutiles haberentur; propterea quod in codicillis factæ viderentur, in qui-

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. 1. (b) cit. l. 77. de heredibus instituendis. (c) cit. l. 10. de conditionibus institutionum.

quibus hereditatis datio jure non conſtat. Papinianus ergo, & Ulpianus uno ore valere reſpondent, ea nempe de cauſſa; quod licet vera ſit juris regula, ut heredis inſtitutiones ſcribi nequeant in codicillis; tamen in hujuſmodi ſpeciebus non ex codicillis, ſed ex teſtamento hereditas data videtur. Quippe aliud eſt dari hereditatem, aliud heredis perſonam nominari; quum autem in teſtamento quis dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, jam hereditatem dediſſe cenſetur; quum vero codicillis ſcribat nomen heredis, ſive heredem declaret, tum non inſtituit, ſed heredem, quem jam deſtinaverat, tantum manifeſtat: ideoque datio quidem hereditatis codicillis improbatur, non item heredis manifeſtatio. Atque, ut ſcite exponit Cujacius (*a*): *Quum dixit, quem codicillis heredem fecero, heres eſto, videtur tantum contuliſſe nomen heredis inſtituti in codicillis; & QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, hoc eſt, quem nominavero codicillis, ille heres eſto. Codicillis ergo recte ſcribitur nomen heredis, ſed non recte inſtituitur heres.*

IV. Sed quorſum hæc ad rem noſtram? Reſpondet Boehmerus (*b*) Donelli auctoritate, atque ita argumentatur: Ideo in relatis ſpeciebus valet heredis inſtitutio in codicillis, quod quicquid ſcribitur codicillis *confirmatis*, perinde haberi debet, ac ſi in teſtamento ipſo ſcriptum eſſet; ac propterea relicta in illis ita ineſſe creduntur teſtamento, ut licet deſint propria codicillorum ſolemnia, relicta tamen in codicillis confirmatis ex teſtamento ipſo valere videantur pari ratione, qua Conſulti dixerunt, illas heredis inſtitutiones ex teſtamento quoque datas vide-

(*a*) in l. 17. quæſt. Papin. ad cit. l. 77. de heredib. inſtit. (*b*) cap. 1. ſuæ diſput. ſ. 15

deri. Atque tria hic Boehmerus colligit ex his legibus: *Valida* I. inquit (*a*), *est heredis institutio in codicillis designata, quæ alias per se invalida*. II. *quidem, ut directo valeat, non per modum fideicommissi; atque hinc integram portionem accipit non detracta Trebellianica, quæ alias detrahenda foret, si jure fideicommissi partem suam acciperet*. III. *fundamentum decisionis in eo quæritur: quod quia codicilli specifice antecedenter confirmati sunt, & testator eo ipso se ad illos referat, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur. Ex quo ipso evincitur, specialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis disponitur, pro eo habendum sit, ac si in testamento dispositum esset.*

V. Quot verba, tot paradoxa. Ac primum falso quidem principio argumentatur. Etenim heredis institutio numquam valuit in codicillis, licet *confirmatis* testamento ex apertissimis veterum Consultorum sententiis, ut alibi exposuimus (*b*). Audiat Cajum (*c*): *Item per codicillos nemo heres institui potest, QUAMVIS TESTAMENTO CONFIRMATI SINT*. Item Ulpianum (*d*): *Qui testamento heres institutus est, codicillis etiam non confirmatis rogari potest, ut hereditatem totam, vel ex parte alii restituat; QUAMVIS DIRECTO HERES INSTITUI NEQUIDEM CONFIRMATIS CODICILLIS POSSIT*. Sive ergo codicilli essent confirmati testamento, sive non confirmati, numquam constabat hereditatis datio in codicillis verbis directis concepta, *ne confunderetur*, ut ait Justinianus (*e*), *jus testamentorum*, &

(*a*) loco cit. (*b*) cap. 1. nostri comment. §. 10. (*c*) Inst. lib. 2. tit. 7. §. 8. (*d*) tit. 25 §. 11. (*e*) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.

& codicillorum. Quid ergo Boehmerus ait, ideo valere in illis speciebus heredis institutionem in codicillis, *quod quia codicilli specifice antecedenter confirmati sunt, & testator eo ipso se ad illos referat, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur*? Plane quum non vidisset, quid revera juris esset apud veteres in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, temere offendit in falsissima juris principia. Deinde undenam Boehmerus accepit, Papinianum, & Ulpianum loquutos de codicillis *confirmatis*? Palam est, Consultos quæstionem minime contulisse ad rationem confirmationis, sed generaliter sermo instituitur de heredis declaratione in *codicillis* facta; quum alioqui quæstionis definitio non penderet ex regula confirmationis. Cur, inquam, Boehmerus credidit, illic agi de codicillis confirmatis, quum nullum hujus rei vestigium appareat? Forsan putaverit pro confirmatione codicillorum accipi ea verba: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cujus nomen codicillis scripsero, heres esto*? Perperam quidem opinatus esset, si existimaverit, ea verba vim confirmationis habere. Jam vidimus, quemadmodum codicilli confirmarentur, quibusque formulis veteres utebantur (*a*). Fateor, ubi testamento dicatur: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, videri quidem testatorem per consequentiam codicillos comprobare; sed negaverim, hoc referri posse ad eam confirmationis potestatem, ex qua constabant relicta in codicillis per verba directa.

VI. Inquies, in hujusmodi testamentis, de quibus Consulti loquuntur, aderat fortasse expressa codicillorum con-

(*a*) cap. 1. nostri comment. §. 10.

confirmatio. Refpondeo, nihil obftare, quin adjecta effet; fed quid hoc quæfo ad propofitam dubitationem? Non eo quæftio pertinebat, an valeret inftitutio, tamquam in codicillis confirmatis facta; fed an in teftamento quidem hereditatis datio, in codicillis vero heredis nomen ftare poffet. Hinc vides iterum Boehmerum hallucinari, quum confundit hereditatis dationem cum heredis manifeftatione. Quippe Confulti eam tantum dubitationem excitarunt, an fi quis fcriberet heredis nomen in codicillis, quum in teftamento prius caverat: *quem heredem codicillis fecero*, vel: *cujus nomen codicillis scripfero, heres efto*, improbari videretur inftitutio, tamquam in codicillis declarata; & refpondent, ideo valere, *quod licet*, (verba Papiniani) *codicillis dari hereditas non poffit; tamen hæc ex teftamento data videtur*. Non recte quidem heres inftituitur in codicillis, licet recte nomen heredis fcribatur; quo fit, ut in relatis fpeciebus perfpicuum fuerit, heredis inftitutionem in teftamento quidem factam effe, etfi perfonam heredis teftator in codicillis nominaverit. Quid ergo Boehmerus Confultos calumniatur, quum aliunde rationem petierit (& falfam quidem) illarum fententiarum, fi expreffis Papiniani verbis vera juris ratio habeatur? Quid quæfo infolentius, quam in errorem fuum Confultos quoque adducere conari? Demum quis non perhorrefcet, quum a Boehmero audiverit, eas inftitutiones, tamquam in codicillis factas accipi, & quidem directe, non item per fideicommiffum? Quid afferri poterat abfurdius? Aio, *directam* quidem inftitutionem ideo illic haberi; quia directe *teftamento* data eft. Tantum valet illa enunciatio: *quem heredem codicillis fecero, heres*

efto,

esto, quantum hæc: *heres esto*, *cujus nomen scripsero*, *sive declaravero codicillis*. Directam hanc quidem agnoscimus institutionem, ex verbis nempe directis testamento pronuntiatis *heres esto*; quod sane nequit ad codicillorum rationem referri, nisi in absurdissima juris principia offendatur. Itaque ex genuina harum legum intelligentia quisque videt, quam extranea sint, quæ ex iis proferre conantur, quin quam longe aberraverint a sincera Consultorum sententia, ut mirum sit, id Donello primum excidisse. Repetunt quidem a confirmatione codicillorum, quod apertissime Papinianus præsertim refert ad diversam prorsus juris rationem; sive enim codicilli confirmentur, sive contra, æque valet institutio ex testamento; quum testator heredem in eo instituat, cujus nomen in codicillis deinde manifestaverit.

VII. Tertius juris locus, quem vulgo afferunt ex Bartolo, est, inquam, lex *si ita scripsero* 38. *de conditionibus*, & *demonstrationibus*. Hæc porro sumta est ex singulari Pauli libro *de jure codicillorum*. Verba sunt: *si ita scripsero*: *QUANTUM CODICILLIS TITIO LEGAVERO*, *licet codicillis legatum explicetur*; *tamen ex testamento valet*; *solaque quantitas in codicillo delata est*; *nam & apud veteres talia legata fuere*: *QUANTUM EI PER EPISTOLAM SCRIPSERO*, *QUANTUM EX ILLA ACTIONE DETRAXERO*, *HERES DATO*. Satis perspicua patet hæc Pauli sententia. Pone testamento cautum, tantum legati nomine Titio præstari, quantum codicillis, vel epistolis scriptum esset, quod hac formula veteres exprimere solebant: *quantum codicillis*, *vel per epistolam Titio legavero*, *vel scripsero*, *heres dato*.

Quærit Consultus, an talia legata valerent? Et respondet valere quidem ex testamento, non autem ex codicillis, quum in codicillis, vel epistola non utique legatum scribitur, sed illius quantitas tantum declaratur; ideoque ex testamento datum videtur, licet sola quantitas ex codicillis habeatur. Quid quæso Bartolini sibi velint ex hac Pauli sententia? Fingunt primo, Consultum loqui de codicillis testamento confirmatis; tum contendunt, non alia de caussa talia legata ex testamento valere; nisi quia quicquid scribitur codicillis confirmatis, datum videtur in ipso testamento; atque, ut ait Boehmerus (a): *Quare autem legatum ex codicillis non valet?* (loquitur quidem de relato Pauli loco) *quia scilicet testator antecedenter codicillos confirmavit, & se per expressum ad illos retulit, ut ideoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat.*

VIII. Sed profecto nodum in scirpo quærunt. Falso quidem arbitratur Boehmerus, Pauli sententiam accipiendam de codicillis testamento confirmatis; id enim nedum non habetur ex illius verbis, quin contrarium aperte evincitur. Quærit Consultus, si testamento quis tantum Titio legaverit, quantum codicillis scripserit, utrum ex testamento legatum dari dicatur, an potius ex codicillis? & *ex testamento* valere ait, ea nempe ratione, quod non utique legatum, sed sola illius quantitas in codicillis delata videtur. Dicat quæso Boehmerus, quid caussæ est, cur Paulus in hac specie dubitationem moverit, an ex testamento, an ex codicillis legatum consistat, quum certi juris sit, legata æque valere, tum in testamento data

ta

(a) cap. 1. suæ disput. §. 15.

ta, tum in codicillis? Quid porro intererat definire, an magis ex una, quam altera testatione legatum constaret, quum idem prorsus juris in utraque deprehendatur? Atque ex speciebus antea relatis Papiniani, & Ulpiani intelligimus quidem, multum referre, an heredis institutio data videretur ex testamento magis, an ex codicillis; propterea quod hereditatis datio nullo jure constat, si codicillis scribatur; ideoque ubi Consulti institutionem in testamento factam existimarunt, licet heredis manifestatio scripta esset in codicillis, eam quidem valere decreverunt, quæ aliter inutilis fieret. Contra in Pauli specie nullus dubitationi locus videri posset, quum legata recte relinquantur in utroque testationis genere. Quo ergo pertinebit hujusmodi quæstio a Consulto instituta? An futilem dubitationem hic Paulum movisse crediderit Boehmerus?

IX. Verum nec temere quæstionem movit; nec alio hæc spectare poterat, nisi ut,considerata veteris juris norma in legatorum datione,multum referret inspicere, utrum ex testamento, an ex codicillis legatum haberetur. Quippe legata, tamquam verbis civilibus concepta, non secus constabant, nisi relicta, vel in solemnibus testamenti tabulis, vel in codicillis quidem,sed testamento confirmatis. De confirmatis nota erat juris regula,ut relicta in illis ex testamento valerent; ita ut frustra Paulus dubitationem movisset de re satis manifesta. Quæstio ergo pertinere tantum poterat ad codicillos *non confirmatos*, in quibus non legata, sed fideicommissa tantummodo constabant; ita ut si legata in iis scriberentur, nullius erant momenti. Hinc quærit Paulus, si testator testamento ita caverit: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*; & deinde quantita-

tem exprimat in codicillis, qui non essent testamento confirmati, an idcirco legatum valeret? Quæstio ex eo pendebat, ut dignosceretur, an legati datio facta videri poterat in testamento, an codicillis; si codicillis, inutilis prorsus fieret; quum ea recte scribi non poterat, nisi vel testamento, vel codicillis *confirmatis*; sin testamento, tum recte constaret. Itaque Paulus attendens ea testamenti verba: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*, non secus agnovit legati dationem, quam ex testamenti verbis; nam quantitatis descriptio in codicillis facta legatum non constituit, sed *explicat*; ideoque ait: *Si ita scripsero: quantum codicillis Titio legavero*, *LICET CODICILLIS LEGATUM EXPLICETUR*; *tamen ex testamento valet*; *SOLAQUE QUANTITAS IN CODICILLO DELATA EST*. Atque, ut ex Papiniano, & Ulpiano audivimus, sola heredis manifestatione in codicillis facta, haud videri datam in iis hereditatem; ita ex Paulo sola legati quantitate in codicillis descripta, non intelligi ex codicillis legatum valere; & quemadmodum ex testamento valere dicitur ea institutio: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, licet codicillis heredis nomen explicetur; ita ex testamento etiam valere dixit Paulus eam legati dationem: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*, licet quantitas in codicillis deferatur. Etenim sola heredis manifestatio in datione hereditatis, vel quantitatis descriptio in legatis nec institutionem, nec legatum constituere videtur.

X. Ex intellecta hactenus genuina Consultorum mente in relatis juris locis, quantum ex ipsismet verbis perspicue apparet, quis modo non videt, quemadmodum hallu-

lucinentur, qui harum legum auctoritate rationes petere crediderunt, ad eorum sententiam in proposita disputatione comprobandam? Turpiter quidem falluntur, quum arbitrati sunt, ideo in illis speciebus institutionem, atque legatum ex testamento valere dicatur, non autem ex codicillis; quod illic agebatur de codicillis testamento confirmatis, in quibus ex nota juris regula quicquid scribebatur, perinde haberetur, ac si scriptum esset testamento. Fateor quidem hoc juris principium apud veteres admissum in codicillis confirmatis; sed falsum est, Consultos in illis locis de codicillis confirmatis loquutos; vel saltem definitionis rationem petiisse ex jure confirmationis. Etenim palam est, institutionem directam, de qua est sermo in Papiniani, & Ulpiani loco, numquam constare potuisse in codicillis vel testamento confirmatis, ut probavimus. Quod autem spectat Pauli speciem, satis liquet, æque valere legati dationem ex testamento, licet legati quantitas expressa sit in codicillis, sive confirmatis, sive non confirmatis: tantum enim abest, ut Consultus dubitationem moverit de codicillis confirmatis, quin nequeat ea species referri, nisi ad non confirmatos; nec ex jure confirmationis, sed ex alio prorsus juris principio legatum ex testamento constare manifestissime deprehenditur.

XI. Verum quamquam ex relatis juris locis, quos objiciunt, falsa omnino conjecerint, longeque aliena ab hac disputatione; ultro tamen fatemur, veram esse doctrinam, quæ profertur de codicillis confirmatis ex veterum scriptis; ut nempe quicquid in iis scribatur, perinde haberi debeat, ac si scriptum esset in ipso testamento; quippe

pe etsi perperam eam accommodaverint ad illarum legum sententiam exprimendam; nihilominus non ambigitur, veteres eam juris regulam recepisse quidem in codicillis confirmatis; qua de re longius egimus in nostro commentario (*a*). Quocirca, ne nobis frustra irascantur, sciant, id tantum hactenus curæ fuisse, ut errorem detegeremus, in quo versati sunt; quum ex hujusmodi juris locis falso argumenta petierint, quæ sane tueri nequeunt, quin manifestissima eorum intelligentia pervertatur. Hinc missos facimus ceteros juris locos a Bartolo congestos (*b*), veluti longissime a proposito alienos, ne in rebus prorsus extraneis tempus terere videremur. Ceterum quidnam contendant ex illa veteris juris regula de codicillis confirmatis, mox videbimus; quum sermo erit de altero argumentationum capite.

§. III.

Expenduntur rationes, quibus adversarii existimarunt suam tueri posse sententiam.

I. PErspecta argumentorum fallacia ducta ex falsa legum interpretatione præstat modo reliqua rationum momenta attingere, quæ in contrarium afferuntur ad tollendum solemnem quinque testium numerum in codicillis confirmatis. Ac sane tota argumentorum summa uno tantum nititur juris principio; quo quidem redit, quicquid vel Donellus, vel Bartolus vel demum Boehmerus, ce-

te-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. (*b*) in cit. l. si ita scripsero 38. de conditionibus, & demonstrationibus.

terique ejus fautores protulerint; adeo ut si illud ruat, nihil prorsus supersit, quo eorum valeat sententia sustentari.

II. Donellus, inquam, ut vidit veterem juris regulam in codicillis confirmatis, ut nempe *relicta in his perinde haberentur, ac si scripta essent testamento*, haud animadvertens quo revera pertineret, credidit eam commode perduci posse ad novum jus codicillorum, atque ita argumentatur: Statuit quidem Theodosius solemnem quinque testium numerum in quavis suprema voluntate præter testamentum, ad differentiam veteris juris, quo codicilli solemnes non erant. At quoniam ea est vis codicillorum, qui testamento confirmantur, ut relicta in illis ex testamento ipso valere dicantur, apparet eos non comprehendi sub Theodosii præscripto; etenim quæ propria abest codicillorum solemnitas, ex testamento suppleri videtur; quid enim refert, an hujusmodi codicilli solemniter fiant, quum tantum in his valeant relicta, quantum si scripta essent in ipso testamento? *Neque*, ut ait(*a*), *id prohibet Theodosii constitutio, quæ in omni ultima voluntate illam observationem suam valere jubet; addit enim IN OMNI VOLUNTATE EXCEPTO TESTAMENTO. In proposito autem codicillis relicta, testamento relicta dicimus*; ac propterea etsi codicilli revera rite non fiant; quia tamen relicta considerantur, ac si testamento solemni scripta essent, tamquam ex testamento recte valere videbuntur. Hæc Donellus. Idem prorsus Bartolus congerit Arabum dialectica; ideo enim, arbitratur, valere schedulam non solemnem, testamen-

(*a*) comment. juris civilis lib. 7. cap. 19. n. 10. & 20.

mento tamen confirmatam, quod etsi absit solemnis testium numerus, *IMPLICITE* tamen testes testamentarii ei adfuisse intelliguntur: *Nec obstat*, inquit (*a*), *quod dicitur*, *non est solemnis*; *immo est solemnis*; *quia quicquid relinquitur in testamento refertur ad hanc scripturam*. Hinc Bartolini testationes non solemnes, testamento tamen confirmatas, non tam *codicillos* appellarunt, quam *schedulas*: quo nomine proprie venire credunt, quicquid testator scripserit extra testamenti tabulas, in quibus tamen fateatur, valere velle, quæ in *schedulis* jusserit; adeo ut quod in libris juris *codicilli confirmati* nomine appelletur, vulgus nominat testationes, sive *voluntates per relationem ad schedulam*. Utcumque autem Donelli doctrina verbis tantummodo distet a tricis Bartolinis, una tamen re ipsa conveniunt: ut nempe codicilli confirmati haud comprehendantur sub Theodosiana constitutione; propterea quod relicta ex testamento valere dicantur; vel ut placuit Bartolo, *in voluntatibus per relationem ad schedulam testes implicite adesse videntur*. Eadem prorsus recudit Boehmerus (*b*); ita ut licet varia verborum quisque forma utatur, unico tamen, eidemque omnes peræque hærent principio.

III. Sed quid absurdius afferri poterit vel Donelli argumentatione, vel Bartolino commento? Nonne hoc pudet tum puriorem, tum vulgarem juris interpretem? Quid quæso (Donello præsertim dixerim) ad rem nostram pertinet vetus juris regula de codicillis confirmatis, quum suppressa ea mansisset novi juris introductione?

Jam

(*a*) in cit. l. si ita scripsero 38. de condit. & demonstrat. (*b*) cap. 1. suæ disp. §. 30. & seq.

Jam longo ſermone demonſtravimus (*a*), quemadmodum ex Juſtiniano exæquata legatorum natura cum fideicommiſſis (*b*) ceſſaverit quodvis juris diſcrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; ſi enim hi antea inter ſe ſe diſtabant ob variam illam relictorum rationem, ridiculum eſſet amplius diſtinguere varium jus in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, ubi unam hodie agnoſcimus relictorum cauſſam, quaſi conſequentia ſtare valeant ſine antecedentibus. Hinc proficiſcitur, ut ſicuti per Juſtinianum non amplius differrent quantum ad juris effectus varia illa codicillorum genera; ita neceſſario receſſit quicquid juris peculiare in confirmatis veteres conſtituerant; ſi enim hodie communi prorſus jure reguntur, quo inquam pacto ſimul retinebis veterem illam juris regulam, quæ codicillos tantum confirmatos ſpectabat? Etenim fracto *confirmationis* principio in codicillis, quod certe manaverat ex veteri illa *legatorum* poteſtate a *fideicommiſſis* diſtincta, quid porro in ſcenam iterum adduxeris veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ut nempe ſcripta in his haberi debeant, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento?

IV. Scio Tribonianum in Pandectarum collectione reliquiſſe quidem illius veteris doctrinæ veſtigia; quod ſane cauſſam præbuit Donello, ut ignorata intima ejus vi, atque origine, facile ea abuteretur in novi juris expoſitione. Sed quis ignorat, quanta veteri doctrina ſcateant Pandectarum libri, quam nullo pacto ad jus novum pertrahere queas? Nonne ubique diſſeminatæ proſtant veterum ſententiæ de differentia legatorum a fidei-

 com-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 2. noſtri comment. §. 4. (*b*) L. 2. C. communia de legatis &c.

commissis, quæ tamen Justiniano auctore prorsus recesserat? Quid ergo mirum, si de veteri jure *confirmationis* in codicillis mutilæ quædam reliquiæ deprehendantur in libris juris? At inquies, an & hodie non licebit confirmare codicillos testamento? Fatemur quidem, ut alias vidimus (*a*), nullo jure vetari, ne quis testamento codicillos confirmet; sed negamus veterum sententias de jure confirmationis convenire posse cum nova codicillorum ratione nata ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa; non enim disputamus de confirmandis codicillis, sed de illo juris effectu, quem veteres in confirmatione agnovere, ut admitterent *legatorum* dationem in codicillorum tabulis. Quare quum jure novo utrumque codicilli genus in unam rediisset consonantiam, vel fateantur oportet eumdem solemnem testium numerum in utrisque desiderari ex Theodosii præscripto; vel si hunc tollant a *confirmatis*, nulla caussa est, cur idem dici nequeat de *non confirmatis*; tumque irruent in apertissimam Imperatoris constitutionem.

V. Verum ut luculenter appareat, quam præpostere argumententur, liceat modo iis concedere ut vel antiquatas veterum sententias adhibeant in novi juris expositione; præstat enim humaniter cum iis agere, quorum argumenta undique erroribus obvolvuntur. Equidem veteres Consulti posuere, ut *relicta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent in ipso testamento*. Quid hoc quæso ad rem nostram? Nimirum, ajunt, si relicta in codicillis ex *testamento* valere dicuntur, quid opus erit solemni quinque testium numero? Nam hic testium

(*a*) loc. cit.

ſtium numerus utique exigetur in iis codicillis, in quibus relicta proprio jure ſuſtenteutur, ut contingit in codicillis non confirmatis; ſed ubi relicta ex teſtamento valent, ceſſat propterea ratio adhibendi ſolemnia in ipſiſmet codicillis, quaſi codicilli confirmati ita regantur teſtamenti ſolemnibus, ut ſuis non egeant.

VI. Mirum eſt, hujuſmodi verborum involucris vera falſis ita permiſceri, ut niſi rerum notiones ſecernantur, numquam fallacia ſatis apparebit. Etenim aliud eſt, *relicta in codicillis ex teſtamento valere*, aliud *ſolemnem haberi eam voluntatem, quæ talis revera non ſit*. Quando veteres admiſerunt relicta in codicillis confirmatis, veluti ſi relicta eſſent in teſtamento, id unum revera intellexerunt, ut juris fictione introducerent in codicillorum tabulis *legatorum* dationem, quæ ſane ex legis rigore admitti non poterat, niſi in teſtamento, quaſi videretur datum teſtamento, quod re ipſa codicillis relinquebatur (*a*). Quæ ergo relictorum genera ex legis rigore non conſtabant, niſi teſtamento, admiſſa quidem fuere in codicillis teſtamento confirmatis; indeque manavit regula, ut in his relicta perinde eſſent, ac ſi teſtamento ſcripta fuiſſent; confirmatio enim in teſtamento habita quoddam redolere eorum principium videbatur, ut loquitur Tryphoninus (*b*). Quocirca eſto inquam, ut hujuſmodi codicillorum regula ad jus novum etiam accommodari queat, quid obſecro hæc commune habet cum Theodoſii conſtitutione de ſolemni quinque teſtium numero? Efficiet quidem, ut relicta in codicillis ex teſtamento valere dicantur. At quo pacto *ſolemnis* ha-

 be-

(*a*) Vide, quæ latius hac de re attulimus cap. 1. §. 10. n. 5., & ſeq.
(*b*) L. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

bebitur ea voluntas, quæ rite facta non sit? Meminisse hic refert, apud veteres codicillos solemnes prorsus non fuisse, ita ut inferri nequeat regulam illam respexisse voluntatis solemnia; quum nullam tum codicilli solemnitatem desideraverint; non ergo veteres eo regulam retulerunt, ut rite facta haberetur ea voluntas, quæ talis revera non esset, sed ut fictione juris ex testamento magis relicta valerent, quam ex codicillis, ut ita legis rigorem declinarent, ex quo usus verborum civilium testamenti tantum tabulis admittebatur. Itaque quod veteres in unam caussam retulerant, nequit ad alteram transferri, eamque nedum longe ab illa diversam, sed quæ stare nequit, nisi Theodosii constitutio pervertatur; ubi enim Imperator solemnia omnino præscripsit in hujusmodi voluntatibus, id agunt, ut fallacia verborum solemnis quidem habeatur voluntas, quæ talis revera non sit.

VII. Quæ hactenus dicta sunt, satis fortasse videri poterunt ad detegenda fallacissima adversariorum argumenta, quibus abutuntur, ut Theodosii legem fraudarent. Sed præstat pressius eos insectari, ut tandem vel inviti errorem suum fateantur. Sumunt porro, *solemnia testamenti sufficere, ut schedula, sive codicilli testamento confirmati solemnes habeantur*. Hæc autem assertio duas potissimas notiones includit, quas refert prius extricare, quam illius refutationem aggrediamur. Prima est, ut videamus, quid *solemnitatis* nomine revera intelligendum; altera, quemadmodum solemnia adhibita in uno defuncti judicio, sive per scripturam fiet, sive per nuncupationem, pertrahi valeat ad alterum ab eo distinctum: uno verbo quidnam hoc sit, codicillos solemnes haberi per testamenti solemnia. Utrum-

VIII. Utcumque veteres in teſtamentorum tabulis varia ſolemnium genera adhibuerint, palam eſt, novo Imperatorum jure remiſſa veteri formularum ſuperſtitione, jurisque civilis ſubtilitatibus, tota hodie ſolemnitatis ratio in ſupremis vertitur circa ea, quæ tutiorem reddant voluntatis probationem; adeo ut definitus teſtium numerus, eorumque ſigna, ceteraque hujuſmodi non alio ſpectant, niſi ut fraudibus, quoad poſſit, occurratur, ne facile defunctorum judicia ſubverterentur. Majora quidem ſolemnia leges ſtatuerunt in teſtamentis, quam in codicillis, licet utrumque judicium non alia ſolemnia admittit, niſi quæ conferunt ad tutiorem voluntatis probationem. His perſpectis, manifeſtiſſime apparet, ne verborum ambagibus obruamur, per *ſolemnitatis* notionem in ſupremis non aliud hodie revera venire, niſi *quidquid lege præſcriptum eſt*, *ut voluntatis veritati proſpiciatur* (a).

IX. Intellecta ſincera *ſolemnitatis* notione in ſupremis judiciis, quatenus novo jure accipitur, tum in teſtamentis, tum in codicillis, videamus modo, quid adverſarii ſibi voluerint. Contendunt, ſolemnia teſtamenti ſufficere ad ſchedularum, ſive codicillorum ſolemnitatem. Fabulæ. Quum unius judicii ſolemnia ad alterum perducunt, non aliud revera aſſerunt, niſi quod ſolemnia in teſtamento adhibita nedum tueantur fidem voluntatis in teſtamento expreſsæ, ſed & voluntatis declaratæ in codicillis. At quis umquam ita ineptiverit, ut credat teſtium præſentiam in teſtamento admiſsam tanti momenti eſse, ut fidem quoque tueatur alterius teſtatoris judicii, in quo te-

(a) Vide L.21. & 26. C. de teſtamenti,.

teſtes re ipſa non adſint ? Quid ſane abſurdius , quam ſolemnem facere eam voluntatem , in qua revera ſolemnia deſint ? Vel quo pacto dixeris , tutiorem haberi probationem unius voluntatis per ſolemnia in altera adhibita ? Si ergo *ſolemnitatis* nomine non venit , niſi quicquid conducit ad tutiorem voluntatis fidem , quid obſecro ſolemnem feceris eam voluntatem , in qua revera id abeſt , unde hæc tutior fides haberi poteſt ?

X. Inquiunt fortaſſe : quum teſtator teſtamento cavit,ſe valere velle,quicquid in ſchedula,ſive codicillis relinquat , veluti teſtamenti partem , vel tamquam ſi ea relicta ſcripta eſſent in ipſo teſtamento , ſatis hoc eſſe poterit , ut propria ſolemnitate codicilli non egeant . Sed dicant quæſo , an tum ſolemnes habebuntur ; quia ita teſtator juſſit ; an quia *jure* ſolemnes haberi poterunt ? Si primum , quid magis abſonum fingi poterit ? Forſitan actus legitimi ex hominis , non ex legis pendent arbitrio ? Sin alterum , pudet inquam redire ad vomitum ; non enim ſolemnes haberi poſſunt eæ voluntates,quæ rite,ideſt ſecundum legis præſcriptum non perficiantur ; ubi enim lex actum legitimum conſtituit , nequit is aliter valere , niſi legitime expleatur . Sive ergo teſtator jubeat , ſe valere velle , tamquam teſtamenti partem , quod in alia ſcriptura reliquerit , ſive hoc non expreſſerit , æque ſemper codicilli habebuntur , tamquam teſtamenti partes , ejuſque ſequela . At quod attinet ad ſolemnia voluntatis , ſine quibus actus jure non conſtat , ridiculum eſt aliunde ſolemnia repetere , quæ naturaliter debent actum ipſum comitari .

XI. Sed nonne veteres (dixerit quis) fictione juris ha-

habuerunt relicta in codicillis confirmatis , ac si relicta essent testamento? Cur pari saltem ratione fingi hodie nequeat, solemnem quidem haberi eam voluntatem ex testamento, quæ talis revera non sit? Præsertim, quod ipsa confirmatio codicillorum solemniter a testatore adhibetur. Quare licet voluntatis manifestatio revera legitime non fiat, satis tamen erit, confirmationem ipsam solemniter quidem peractam, ut fictione juris solemnis quoque habeatur voluntas in codicillis expressa.

XII. Speciosa quidem sunt hæc verborum involucra, quibus facile occurritur ex expressa Theodosii lege. Quisque videt, quam aliena hæc sint ab Imperatoris consilio, quum solemnia præscripsit in codicillis; non enim de fictitia solemnitate loquitur, sed vera, quæque ideo intercedat oportet, ut adhibitione quinque testium tutior reddatur voluntatis fides; quod certe haud exspectandum a solemnitate fictitia. Sed ut plenius hoc cognoscatur, præstat rem aliquanto pressius attingere. Palam est, in jure nostro distingui eas caussas, quæ facti sunt, sive factum hominis requirunt ab iis, quæ sunt juris (*a*): illæ quidem in facto consistunt; hæc juris constant intellectu. Hinc consequitur, ut quæ caussæ ad jus proprie pertinent, fictionem quidem recipere possunt; quum enim intellectu tantum constent, nil magis consentaneum est, quam haberi eo modo, quo mente percipiuntur. Contra quod in facto consistit, fictionem non admittit; naturaliter enim stare nequit, quid fieri, & non fieri eodem tempore. Hinc intelligimus, quemadmodum veteres fictionem juris admiserint in relictis in codicillis confirmatis,

(a) Vide Hotomanum quæstionum illustrium cap. 38. & 41.

tis, ut nempe ea perinde valerent, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento. Etenim agebatur de juris cauſſa, quæ intellectu conſtabat; idcirco fictionem recepit; quum enim ex legis rigore manaſſet, ut verba *civilia*, ſive *directa* in teſtamenti tantum tabulis admitterentur, placuit Prudentibus ad codicillos quoque ea perducere, quantum ad dationem legatorum; atque ne in legem incurrere viderentur, excogitarunt codicillorum confirmationem in teſtamento, ob quam fingi poterat, quaſi datum videri teſtamento, quod revera ſcribebatur in codicillis. Quod autem verba civilia adhiberi non valerent, niſi teſtamento, profecto ad cauſſam juris referendum; ſive enim quis voluntatem ſuam exprimat verbis imperativis, ſive precativis, facti cauſſa non mutatur; nam eadem æque habetur voluntatis ſignificatio; ideoque quum id juris tantum intellectu conſtaret, datum eſt Conſultis per fictionem efficere, ut in codicillis confirmatis *legari* quidem poſſet, tamquam ſi legata ſcripta eſſent in ipſo teſtamento.

XIII. Contra vero juris ſolemnia facti quidem naturam involvunt; quum niſi revera adhibeatur ritus, qui lege præſcribitur, numquam actus ſolemnis habebitur: ideoque fictionem non admittunt. Scio actus legitimos in juris cauſſa conſiderari, quatenus lege conſtituuntur, ut magis juris eſſe videantur, quam facti. Sed diſtinguimus facti caufsas lege ſtatutas a ceteris, prout naturaliter fieri ſolent. Hæc quidem in ſolo facto conſiſtunt; illæ vero *ex jure eſſe* dicuntur, licet factum complectantur; quod idem eſt, ac ſi dicamus, in facto quidem conſiſtere, quod tamen lege cautum eſt; actus enim le-

legitimi a lege ſunt, quatenus lege præſcribunt ur ; attamen ejuſmodi ſunt naturæ , ut facto hominis neceſsario expleri debeant ; itaque *ex jure* eſse videntur, licet in facto omnino conſiſtant (*a*). Hinc intell igimus , quemadmodum codicillorum ſolemnia nequeant fictionem admittere , quum neceſsario factum hominis exigant . Quippe certi teſtium numeri adhibitio factum continet , quod fictioni non ſubeſt; naturaliter enim fieri nequit, teſtes adeſse, & non adeſse eodem tempore; nec proinde ſolemnem fingere poteris eam voluntatem, cui revera ſolemnia non adhibeantur . Remittit quidem lex interdum juris ſolemnia in quibuſdam peculiaribus cauſſis, vel perſonis ; at nuſquam legitur, conſiderari fictione juris, tamquam actum legitimum , qui talis revera non ſit; nam nequit illius fictionem permittere, quum contradicentia ſint, actum ſolemnem jubere, illumque talem conſiderare , vel non ſervatis juris ſolemnibus . Nec refert, teſtatorem ſolemniter codicillos in teſtamento confirmare; non enim *confirmatio*, ſed ipſum defuncti judicium in codicillis expreſſum ſolemnia requirit, ut certa ejus fides habeatur ; atque quoad voluntatis ſolemnia nihil ei prorſus adjicitur, vel tollitur, ſi codicilli confirmentur , vel non confirmentur ; quum nequeat teſtator ſolemnem vel declarare , vel efficere voluntatem ſuam, niſi juris ſolemnia omnino adhibeantur; quippe quæ non ex hominis , ſed ex legis pendent poteſtate.

XIV. Ex hactenus expoſitis nemo non videt, quo falſiſſimo juris principio laboraverint , qui negarunt ſolemnem quinque teſtium numerum in codicillis confirma-

(*a*) Hotomanus loc. cit. cap. 41.

tis contra expressam Theodosii legem, ut nil manifestius demonstrari valeat. Sed quid fiet, quum cognoverimus eos nec sibimet constare, atque in repugnantia ita irruere, ut unum alterum necessario destruat? Equidem postquam contenderant, codicillos testamento confirmatos *solemnes* omnino haberi, fabulosa nempe solemnitatis notione, quam ex testamento repetunt, haud verentur deinde asserere, quod non secus valere poterunt, nisi certa voluntatis fides habeatur, legitimis nempe probationibus intercedentibus, quibus constet, testatorem revera ita jussisse; sive schedula illius manu scripta sit ex Bartoli sententia, sive etiam aliena, ut Castrensi placuit; atque, ut Faber inquit (a): *Illud tamen semper adesse oportet, ut scriptura illa sit indubitata; nec haesitandi caussa ulla subsit, quin ea ipsa sit, de qua testator senserit*; & in summa, ut vulgo loquuntur, de *identitate* schedulae omnino constare debet, ut certa sit defuncti voluntas.

XV. Sed velim, dicant, qui sane hoc consentiet cum iis, quae prius affirmaverant? Nonne contenderant, codicillos, sive schedulam solemnem omnino considerari ob illius confirmationem in testamento? Atqui si solemnis habetur, quid porro ineptius, quam de ejus fide dubitare? Forsitan juris solemnia in supremis praesertim, jure novo, tum in testamentis, tum in codicillis, non alio spectent, nisi ut voluntatis fidei consulatur. Quid quaeso magis repugnans, quam voluntatem solemnem habere, itemque incertam? Respondent, etsi quantum ad solemnia legibus praescripta, schedula sustentetur testamenti solemnitate; hoc tamen non praestat certam defun-

(a) De erroribus Pragmaticorum decade 69. errore 3.

functi voluntatem . Risum profecto movent hujusmodi speciosis verborum commentis. Quid aliud obsecro erunt solemnia in supremis, nisi testium præsentia certa forma adhibita? Si ergo codicillos testamento confirmatos *solemnes* appellant, cur una recurrunt ad extraneam eorum probationem? Erunt itaque solemnes, & non solemnes eodem tempore, solemnes quidem nomine tenus, quantum commentitia hæc solemnitas satis esse videatur ad fraudandam Theodosii constitutionem, non solemnes, quantum ad veram solemnitatis notionem; quum enim revera iis non adsit solemnis testium numerus, vel testamentorum, vel codicillorum, abest idcirco voluntatis fides; quam postea aliunde repetere conantur, ut quodammodo scripturæ veritati occurratur. Ita ne liceat in re tam seria jocari?

XVI. Præterea quum referunt legem Theodosii ad codicillos dumtaxat testamento non confirmatos; & alioqui confirmatis tribuunt ipsa testamenti solemnia, solemniorem quidem faciunt schedulam testamento confirmatam altera non confirmata; in illa enim considerant testamenti solemnia; in hac vero solemnia codicillorum. Sed quoniam in prima revera solemnia non adhibentur, nec nisi nomen tantummodo solemnitatis ei adscribitur; fit propterea, ut schedula solemnior, tamquam incertæ fidei non admittatur, nisi aliunde constet de illius veritate; schedula vero minus solemnis ipso jure consistit, veluti confecta secundum legis observationem in codicillis præscriptam. Quin in schedula minus solemni habetur tutior voluntatis probatio; nam non secus constabit, nisi quinque testium adhibitione; contra in solemnio-

niori duorum tantum teſtium fides exigitur, quibus *identitas*, ut ajunt, ſcripturæ probetur. At quid abſurdius, quam tutiorem voluntatis probationem exquirere in ſchedula minus ſolemni, in ſolemniori contentum eſſe probatione minus tuta?

XVII. Hæc, & alia ſimilia abſurda, in quæ incidere neceſſe eſt, ubi ſemel falſo juris principio hæreatur, conſequentia quidem ſunt illius commentitiæ ſolemnitatis, quam temere in medium attulerunt; ut illius colore obducto Theodoſianam conſtitutionem fraudarent. Unum reſtat, ut qui veram juris velint doctrinam profiteri, vel inviti fateantur oportet, una, eademque Imperatoris lege ſolemnia æque data eſſe cuicumque voluntati præter teſtamentum, ſive confirmata ſit, ſive non confirmata teſtamento; confirmatio enim nihil prorſus commune habet cum juris ſolemnibus; tantumque abeſt, ſolemnia teſtamenti transferri poſſe ad aliam ſcripturam in eo confirmatam, ut niſi ſolemnia revera adhibeantur, numquam jure probabitur; Non enim Imperator fictitia, ſed vera juris ſolemnia codicillis præſcripſit, ut tutior voluntatis fides haberetur; quæ proinde ſi negligantur, in legem neceſſario offendes.

§. IV.

Quid juris inter Pragmaticorum diſſidia moribus noſtris obtinuerit. Atque de teſtationibus *per relationem*, ut ajunt, *ad ſchedulam*.

I. VIdimus fortaſſe longius, quam res ferret quicquid ad propoſitam quæſtionem attinebat, de juris

juris ſolemnibus in codicillis teſtamento confirmatis; tum quam extranea, ac futilia ſint, quæ a Boehmero afferuntur, ſuiſque fautoribus nedum quantum ad argumenta ex juris locis petita, ſed & ad cetera rationum momenta, quæ ſane manifeſtiſſimis laborant erroribus. Præſtat modo ſermonem convertere ad ea, quæ preſſius ſpectant jus in foro receptum, noſtriſque moribus comprobatum. Ac quidem non utique verſamur in re utili fortaſſe, vel ad ingenii tantum exercitationem, vel ad excitandam veterem juris Romani doctrinam eruditioni magis opportunam, quam uſui quotidiano. Immo tanti eſt ponderis, ac momenti, quanti rei publicæ intereſt periculoſa defunctorum judicia a fraudibus liberare. Quo certe Theodoſius reſpexit, quum cujuſvis generis codicillis propria conſtituit ſolemnia.

II. Pro recepta fori ſententia non intelligimus tumultuarias, ſecumque diſſidentes ſcriptorum opiniones, quas vulgo metiri ſolent ex potiori illorum numero, ſed quæ profectæ ex quotidianis Tribunalium decretis e re natis, uſuque frequentiſſimo ſibi conſentientibus, in mores tandem vertantur: quæ ſane receptæ ſententiæ etſi expreſſam vim legis non habeant, multum tamen auctoritatis merentur, præſertim quum veterum inſtituta ad noſtros mores converterint. Refert autem Boehmerus (*a*), apud Germanos fere receptum eſſe, ut codicilli teſtamento confirmati rati quidem habeantur, etiam non adhibito ſolemni quinque teſtium numero, quod tamen Harprechtus (*b*) repetit ex propriis Germanorum moribus. Addit etiam Boehmerus quoddam Strykii reſponſum,

(*a*) Cap. I ſuæ diſput. §. 32. (*b*) Vol. I. conſ. 5. n. 63.

sum, quo in ea facti specie visum est, improbari non debere schedulam testamento confirmatam, cui tamen aderant duorum testium subscriptiones (a).

III. Ac porro in iis Europæ regionibus, in quibus, repudiatis juris communis solemnibus in supremis, tum testamentis, tum codicillis, adducta sunt defunctorum judicia ad parem probationis caussam cum ceteris actibus inter vivos, cessat hic disputandi locus; quum eamdem æque non solemnem desiderent probationem, sive testamentorum tabulæ sint, sive codicilli, in quibus nihil proinde refert, utrum confirmentur, necne testamento. In Italia vero, ubi potissimum religiosissime servatur juris communis observatio, præsertim quoad supremarum tabularum solemnia, nullibi, quod sciam, hactenus recesserunt a Theodosiana sanctione, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis testamento. Quin, quantum ex decretorum collectionibus percipere licuit, palam est, celebriores præsertim Italiæ Senatus sartum tectum omnino servasse jus Theodosianum de solemnibus in quibuscumque codicillis a tot scriptorum commentis. Atque utcumque Pragmaticorum licentia non dubitaverit undique Bartolina paradoxa ventilare; numquam tamen eo pervenit, ut falsa eorum consilia in fori sententias reciperentur. Plane quamquam commentitiam illam ubique affectaverint solemnitatis notionem; tanti tamen ea non fuit, ut rei veritatem perverteret. Ecquis enim non videt, tantum valere hanc fictitiam solemnitatem, quantum valet quævis scriptura, cui desint vera juris solemnia? Quid manifestius, quam hujusmodi verborum fig-

(a) Vide Boehmerum loc. cit.

ſigmentis viam revera fraudibus aperiri ? Novum hoc fortaſſe videri poterit cauſidicis noſtris , quibus nil tam familiare occurrit in pervolvendis ſuorum deretorum Codicibus , quam illud , licere nempe *teſtari per relationem ad ſchedulam* : quo principio admiſſo , tum colligere non dubitant , nulla propria juris ſolemnia ſchedulam exigere. Sed poſtquam expoſuerimus,quænam ſit ſincera fori ſententia *de teſtationibus per relationem ad ſchedulam* , ſtatim cognoſcent , quantum differant hujuſmodi teſtationes a ſchedula teſtamento confirmata ; quippe quæ non fabuloſis , ſed veris conſtant juris ſolemnibus , ut mox apparebit .

IV. Duas teſtandi formas agnoſcimus in jure , alteram per ſcripturam , alteram per nuncupationem . Per nuncupationem autem proprie teſtari intelligitur , quum palam voluntas manifeſtatur , ut teſtes teſtatoris exaudiant judicium (*a*) . At nuncupari etiam teſtamentum veteribus dicebatur in teſtationibus per mancipationem , ſive per æs , & libram , in quibus adhibita mancipationis formula proferret quidem teſtator coram teſtibus teſtamenti tabulas ; quæ ſane *nuncupari* dicebantur ; non quod teſtibus aperiretur , quicquid tabulis ſcriptum eſſet , ſed quia teſtator palam nuncupabat , voluntatem ſuam in illis tabulis contineri , teſtes admonens , ut earum teſtimonium perhiberent . Hic autem teſtandi modus , utcumque voluntas ſcriptis traderetur , ad nuncupationem magis referebatur , quam ad teſtationem per ſcrip-

(*a*) L. 21. qui teſtamenta facere poſſunt : *Heredes palam , ita ut exaudiri poſſint , nuncupandi ſunt . Licebit ergo teſtanti vel nuncupare heredes , vel ſcribere ; ſed ſi nuncupat , palam debet.* Vide etiam Juſtiniani inſt.lib.2.tit.10.§.14.

scripturam; propterea quod intercederet *solemnis testamenti nuncupatio*, qua testator palam declarabat, valere velle voluntatem suam, quæ tabulis continebatur; & alioqui deerant testium signa, ac subscriptiones jure Prætorio constitutæ in testationibus per scripturam. Prostat sane luculentissimus Ulpiani locus, quo res omnis exponitur: *In testamento*, inquit (a), *quod per æs, & libram fit, duæ res aguntur, familiæ mancipatio, & NUNCUPATIO TESTAMENTI. NUNCUPATUR TESTAMENTUM in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Hæc uti in his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote: quæ NUNCUPATIO, ET TESTATIO vocatur* (b).

V. Hæc autem *testamenti nuncupatio* stetit apud Romanos, quoad perduravit testandi modus per mancipationem ex jure civili. At postquam usus mancipationis vel in testamentorum confectione in desuetudinem prorsus abierit una cum testamento per æs, & libram, exolevit quoque ea *testamenti nuncupatio*, de qua loquitur Ulpianus; atque ubi Imperatores, Justinianus præsertim, novam quodammodo dederint formam testamentis, factum est summum illud discrimen inter testationem scriptam, ac nuncupatam, quod hodie habemus ex Justinianea juris collectione; nimirum ut testamenti scripti nomine veniat voluntas quidem litteris consignata, cui tamen adiiciantur testium signa, ac subscriptiones; contra *testari per nuncupationem* proprie appelletur, quum testator voluntatem suam coram testibus aperiat; ita ut a testibus exaudiatur omne testatoris judicium. No-

(a) tit.20. de testamentis §.9. (b) Vide Schultingium ad cit. Ulpiani locum.

VI. Nolim, quis mihi fortasse irascatur, vel quod a proposito diverterim, vel quod in rei forensis investigatione initium duxerim a veterum institutis, quasi aliena nissima hæc habeantur a nostris moribus; sed spero facile veniam daturum, quum viderit, quo ea spectabunt; quin vel ex hoc uno loco intelliget, quantum utilitatis afferat ubique indolem perscrutari Romani juris. Cuique notum, moribus quidem communiter fere receptum, ut præter testamentum per scripturam, ac per nuncupationem proprie dictam, qualem in libris juris deprehendimus, tertia quædam invaluerit testandi forma ex utroque veluti composita; quam sane vocant testationem *per relationem ad schedulam*. Hæc autem habetur, quum testator conscribat quidem suam voluntatem; tum tabulas, sive schedulam ostendens coram solemni testium numero, palam nuncupet, se ita testari, ut in schedula scriptum sit, quam demum Tabulario tradit servandam. Profecto nequit hæc testatio censeri facta per *scripturam*, quum absint subscriptiones, signaque testium, nec pro *voluntate nuncupata* pressius accepta; quum non manifestetur testibus, quod jusserit testator; nam scriptura tantum nuncupatur: itaque *mixtam* appellant, quatenus & scriptura constat, & nuncupatione.

VII. Verum quamquam hujus testationis nullum fortasse appareat vestigium in Justinianea juris collectione. perspicuum tamen est, eam novam non esse, nec juri Romano ignotam. Duæ res, ut discimus ex Ulpiano (*a*), agebantur in testamentis per æs, & libram, familiæ man-

(*a*) loco cit. de testamentis tit. 20. §. 9.

patio, & *teſtamenti nuncupatio ſolemnis*: prima quidem penitus receſſit una cum ceteris ſuperſtitioſis Romanorum formulis; altera etſi in conſequentiam tum quoque ceſſaverit ex antiquato teſtandi modo per æs, & libram; nihil tamen obſtabat, quin diſſociata a mancipationis formula in noſtros mores induceretur civium utilitate, uſuque poſcente. Itaque quod hodie vulgo dicitur teſtari *per relationem ad ſchedulam*, veteres nominabant: *teſtamenti nuncupatio*, ſive *teſtatio*; & quemadmodum tum teſtator coram ſolemni teſtium numero tabulas tenens, palam nuncupabat, ita ſe teſtari, ut in tabulis, cerîſve ſcriptum eſſet: ita & hodie fit, quum ſchedula, ſive ſcriptura coram ſolemni teſtium numero oſtenditur, itemque palam nuncupatur, in ea quidem contineri ſupremum voluntatis ſuæ judicium. Atque ubi ab Ulpiano hoc dictum eſt *teſtamenti nuncupatio*; propterea quod non voluntas, ſed ſcriptura tantum nuncupatur, qua ea contineretur; ita & hodie, licet non ſervata ſermonis proprietate, appellatur *teſtamentum nuncupativum nuncupatione IMPLICITA per relationem ad ſchedulam*, uſurpatis nempe Arabum loquutionibus, quorum linguam potiſſimum ſchola forenſis adoptavit. Quo ſane nomine millies hanc teſtationem deſcriptam comperies in Codicibus decretorum Sacræ Rotæ Romanæ (a); adeo ut quiſque viderit præter varium loquutionis uſum nil prorſus diſtare antiquam *teſtamenti nuncupationem* ab hodierna teſtatione *nuncupationis implicitæ per relationem ad ſchedulam*.

VIII. Nunc

(a) Vide Rot. in Senogallien, ſeu Eugubina immiſſionis prius coram Eminentiſſimo Millino 27. Aprilis 1731. deinde coram Paralta 2. Maij 1735. in quibus & alia ſimilia loca plenius allegantur.

VIII. Nunc tandem tamquam e diverticulo in viam redeamus, quando rectius cognoscere poterimus, quid moribus nostris servetur in proposita quæstione. Vulgus Scriptorum confundit (ut moris est potissimum apud forensium opinionum collectores) *schedulam testamento confirmatam* cum *schedula solemniter nuncupata*; atque ubi primæ schedulæ natura tantum distinguitur ab altera, quantum distat voluntas non solemnis a solemni, Pragmatici temere uno fere, eodemque aspectu utramque complectuntur; atque pro *testari per relationem ad schedulam*, nedum intelligunt solemnem scripturæ nuncupationem, ut diximus, sed schedulam non solemnem, testamento tamen confirmatam; quasi testator quum codicillos confirmet testamento, etiam se referri ad schedulam videatur. Non vetantur quidem sub iisdem loquutionibus involvere utriusque schedulæ demonstrationem: Dicant porro, ut malint, testatorem nempe se referri ad schedulam, non modo quum eam nuncupet, sive palam testetur, *se valere velle, quicquid in schedula scriptum est*: sed quum testamento eam confirmaverit; puta si in illo caverit: *se valere velle, quicquid in schedulis scriptum reliquerit*; vix enim refert, si male loquantur. At numquam concesserim, longe diversas rerum notiones uno verborum involucro ita confundi, ut utraque comprehendatur sub una juris regula; hoc enim juri, & rationi prorsus repugnat. Etenim aliud revera est, schedulam ipsam palam nuncupari, aliud, eam testamento confirmari; quemadmodum veteres longe distinxere *codicillos testamento confirmatos* ab illa *testamenti nuncupatione*, quam adhibebant in testamentis per æs, & libram; primo enim casu testator

proprie non ſe refert ad ſchedulam, ſed eam eatenus confirmat, ut ex teſtamenti ſcriptura perſpicue appareat, codicillos, quos relinquat, ratos ſe habere velle. Quantum ergo diſtat codicillus confirmatus a *teſtamenti nuncupatione*, tantum diſcriminatur ſchedula teſtamento confirmata ab altera, quam teſtator tenens palam nuncupaverit coram ſolemni teſtium numero; primo enim caſu teſtator inquit: *quos codicillos, ſive ſchedulas ſcripſero, vel reliquero valere volo*, poſteriori vero: *Hæc uti in his tabulis, cerisve ſcripta ſunt, ita lego, ita teſtor; itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*. Scio, Bartolo quidem promiſcue tribui eamdem doctrinam de utraque ſchedula, ſed perperam hoc etiam faciunt; quum revera Bartolus de una tantum loquutus ſit, de ſchedula nempe teſtamento confirmata, in qua tamen commentitiam illam agnovit ſolemnitatis notionem, ut latius vidimus.

IX. Perſpecta diverſa utriuſque ſchedulæ natura, videamus modo, quid de utraque in foro obtinuerit. Sacra Rota Romana, quantum percipere licet ex ſuarum ſententiarum collectionibus hactenus editis, pluries quidem probavit ſchedulam *ſolemniter nuncupatam*; at nuſquam admiſit ſchedulam re ipſa non ſolemnem, propterea quod teſtamento eſſet confirmata. Hoc idem comperimus ex collectione decretorum Senatus Neapolitani; nec in ceteris Italorum regionibus aliud, quod ſciam, ſervatum animadverti; adeo ut conſtantiſſima quidem fori ſententia ſit, ut jure conſiſtat voluntas in ſchedula expreſſa, quam tamen teſtator ſolemniter nuncupaverit: atque utcumque Scriptorum inſolentia numquam ceſſaverit ſub una juris regula comprehendere etiam ſchedulam teſtamento tan-

tum

tum confirmatam; nullibi tamen pernicioſiſſimum hoc juris commentum admiſſum, vel uſu comprobatum reperies. Quod ut manifeſtius appareat, non gravabimur brevi hic complecti potiſſimas facti ſpecies de hujuſmodi ſchedulis hactenus proditas, ex quibus profecto intelligi valeat, in Italia præſertim, ubi in ſcripturis ſupremarum voluntatum, ſive teſtamenta ſint, ſive codicilli, ſolemnia jure communi conſtituta conſtantiſſime retenta ſunt, numquam receſſum a Theodoſiana conſtitutione de ſolemni quinque teſtium numero, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis teſtamento.

X. De ſchedulis ſolemniter nuncupatis, ideſt coram ſolemni teſtium numero, ſex præcipua proſtant Sacræ Rotæ Romanæ reſponſa, quibus hæc probari videntur (*a*). Longum, ac pene inutile eſſet peculiares cujuſque ſpecies referre, & alioqui rectius fiet, ſi ex earum ſententiis una exprimatur juris norma moribus noſtris accommodata. Duo Sacra Rota Romana conſtantiſſime omnino deſideravit in hujuſmodi ſchedulis, ut jure admitti valerent ſuprema teſtatorum judicia in illis expreſſa: primum eſt, ut teſtator ſchedulam oſtendat, eamque nuncupet coram ſolemni teſtium numero, ſeptem nempe teſtibus, quum agatur de nuncupatione, quæ ſpectet teſtamenti cauſſam, vel quinque, ſi codicillorum; atque huic teſtium numero adiicit quoque præſentiam Tabularii, cui ſchedula ſervanda tradatur: alterum eſt, quod ſchedula de-

(*a*) Nimirum dec. 581. part. 4. recent. dec. 2151. coram Coccino, dec. 180. coram Duran. Senogallien., ſeu Eugubina immiſſionis coram Eminentiſſimo Millino 27. Aprilis 1731. & coram Peralta 2. Maii 1735., deciſ. 315. coram Priolo, & demum deciſ. 1032. coram Emerix.

deinde cognoſcatur a teſtibus in nuncupatione adhibitis; ita ut dubitari nequeat, quin eadem illa ſit, quam teſtator nuncuparit; ſive, ut vulgo loquuntur, ut conſtet de ſchedulæ *identitate*. Quod primum ſpectat, ex facti narratione manifeſtiſſime apparet, non ſecus Sacram Rotam adprobaſſe relicta in ſchedulis, niſi ſcriptura ſolemniter nuncupata fuerit, ut legenti patet (*a*). Unum hic animadverterim, Tabularii perſonam, quæ hodie adhibetur præter ſolemnem teſtium numerum, quodammodo imitari veterem ritum ſervatum quoque in teſtamenti nuncupationibus, utpote quæ præter teſtium præſentiam peragebantur coram Magiſtratu (*b*); nam quantum ad actus ſolemnitatem Tabularius quidem, veluti perſona publica Magiſtratus exprimit miniſterium.

XI. Quod autem ſpectat alteram conditionem, ut ſchedula nempe eadem eſſe probetur, quam teſtator nuncupaverit, recte quidem Sacra Rota regulam præſcribit, ut non ſecus conſiſtat, niſi ea cognoſcatur ab ipſiſmet teſtibus, qui nuncupationi aderant. Nec alio ſpectavit vetus formula: *itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*, niſi ut tabularum comprobatio ab iis fieret, quibus teſtator eas oſtenderet. Quod ut recte percipiatur, præſtat hic perpendere duas peculiares facti ſpecies a Sacra Rota relatas, quibus rem plenius habebimus. Prima eſt (*c*): Scripſerat quis manu ſua teſtamentum in quadam ſchedula, cui, etſi ſubſcriptio deeſſet, adjecerat ſignum familiæ. Tum arceſſitis Tabulario, ac ſeptem teſtibus, teſtamenti tabu-

(*a*) Vide Rot. deciſ. in locis jam allegatis.

(*b*) Cajus inſt. lib.1. tit.6. §.3.

(*c*) Vide deciſ. 300. coram Priolo, & 315. coram eodem, qua prior revocatur.

bulas tenens palam nuncupaverat, ratum ſe habere velle poſt mortem ſuam, quicquid in illis ſcriptum eſſet; quod poſtquam feciſſet, Tabulario eas tradidit ſervandas. Defuncto teſtatore Tabularius quidem tabulas reſignavit ſine Judicis auctoritate, ac coram aliis teſtibus, quam iis, qui nuncupationi interceſſerant. Quærebatur, an valeret hujuſmodi teſtamenti ſcriptura ſolemniter nuncupata? Quicquid in prima cauſſæ cognitione viſum eſſet, re deinde melius perpenſa reſpondit, eam omnino non valere. Movebat, non quod tabulæ ſolemniter non eſſent nuncupatæ, quum adfuerit una cum Tabularii præſentia ſolemnis teſtium numerus; ſed quod non conſtaret, eaſdem illas eſſe, quas teſtator nuncupaſſet, ſeu de ſcripturæ *identitate*, quum cognitæ non dicebantur a teſtibus nuncupationi adhibitis. Licet ergo in qualibet ſcripturæ plagula adeſſet Tabularii ſubſcriptio, ſolam tamen ejus non eſſe fidem ſequendam. Nec ad rem pertineret, quod teſtator dixerat, ut tabulæ reſignari poſſent a Tabulario, nullis ſolemnibus adhibitis; nam certi juris eſt, hæc non pendere ex teſtatoris arbitrio; & alioqui in hujuſmodi tabularum nuncupationibus rite fieri debet earum cognitio, ut fraudibus omnino occurratur. Itaque ſatis non videbatur in hac ſpecie ſola Tabularii fides, quam comitari quoque debuerat & illa teſtium, qui nuncupationi aderant, vel aliæ facti circumſtantiæ, quibus omnino certum ſit de ſchedulæ *identitate* (a).

XII Al-

(a) cit. deciſ. 315. coram Priolo, quæ ita loquitur n. 2. „ Ex facto autem hodie „ recenſito conſtat, totam hanc machinam „ conſiſtere in ſola fide Notarii, qui folia in „ tus, & extra ejus manu fuerunt conſcri „ pta, nulla adeſt teſtatricis, vel teſtium „ ſubſcriptio, ſigillum continebat ſtemma do„ mus Raſponæ; & proinde ob multiplici-

ut inquit (*a*), *quod testator exhibuerit coram testibus schedulam, in qua sibi heredem instituit, vel quod designaverit locum, in quo reperitur schedula continens eamdem heredis institutionem, quotiescumque dubitari non potest de identitate schedulæ; quum in utroque casu adsit substantia nuncupationis heredis saltem implicite, quæ requiritur ad effectum substinendi testamentum nuncupativum*. Ut ut autem sit hujus argumentationis momentum, solidior visa est ratio petita ex facto heredis. Etenim quum is hereditatis aditione semel agnovisset judicium defuncti, nequibat amplius illud impugnare (*b*).

XIII. Hæc hactenus exposita satis (ni fallor) hoc loco videri poterunt, ut ostenderetur limpida fori sententia, moribusque recepta de solemni *testamentorum nuncupatione*, sive de solemnibus testationibus *per relationem ad schedulam*. Vidimus quidem quo jure manaverint, ac quemadmodum ex veterum institutis acceperimus, quæ moribus nostris convenirent. Tum didicimus ex tot, sibique consentaneis Sacræ Rotæ Romanæ decretis, qua juris norma regantur; nimirum ut solemniter schedulæ omnino nuncupentur, nedum coram legitimo testium numero, sed & Tabularii præsentia; ac demum, ut scriptura cognoscatur ab iisdem testibus, qui nuncupationi adfuerint, ut ita eadem esse probetur, quam testator palam ostendisset ad tollendas fraudes, quibus

 po-

(*a*) cit. decis. 1032. coram Emerix.

(*b*) Ita loquitur decis. 1065. coram Emerix, qua prima confirmatur: „Nam prima oppositio invaliditatis testamenti H. ra „tii, ex quo folia, in quibus scriptum fuit „ultimum ejus testamentum, non fuerunt „consignata Notario in præsentia testium, „non habet subsistentiam... & nullo pacto „est allegabilis per Nicolaum, qui est heres „unius ex heredibus, qui vigore ejusdem te„stamenti illius hereditatem adierunt.

potissimum obnoxia sunt suprema hominum judicia; ita ut si tabulæ resignentur coram aliis testibus, quam adhibitis solemni nuncupationi, jure non constabunt, quum cognitæ non habeantur, sive desit probatio *identitatis* scripturæ (*a*); naturaliter enim fieri nequit, ut *identitatis* testimonium perhibeatur ab iis testibus, qui nuncupationi non intercesserint, ne aliter repugnantia una simul admittamus. Longius fortasse hæc dicta sunt, quam res patiebatur; sed tribuas velim perturbatis Scriptorum opinionibus, quibus neutiquam plenius occurri poterat, nisi rem omnem investigaverimus.

XIV. Restat, ut videamus tandem quid juris umquam obtinuerit de schedulis testamento confirmatis, quod proprie quæstionem nostram attingit, ad quam non recte accedere videbamur, nisi prius perspectam haberemus fori sententiam de schedulis solemniter nuncupatis, cum quibus rabularum schola sæpe confundit schedulas testamento confirmatas. Nusquam hactenus (quantum perscrutari licuit ex forensi jurisprudentia) vidimus hujusmodi schedulas usu probatas, tum in foro Sacræ Rotæ Romanæ, tum ceterorum Senatuum, Italiæ præsertim, quibus obtinet jus Codicis Justinianei de juris solemnibus in re testamentaria. Ratio ex eo pendet, quod quum in quavis suprema voluntate præter testamentum, sive scripta, sive nuncupata exegerit Theodosius solemnem quinque testium præsentiam, quicquid placuerit scholæ Bartolinæ, ut commentis suis porrigerentur ipsa testamenti solemnia ad schedulas in eo confirmatas; quum tamen hæc revera tutiorem non facerent schedularum fidem, nec aliud re ip-

(*a*) cit. decis. 315. coram Priolo n. 2.

ipſa efferrent, niſi nudum ſolemnitatis nomen, abſonum profecto viſum eſt declinari ab expreſſa Imperatoris lege, ut falſariorum fraudibus ſubjicerent ſuprema defunctorum judicia. Qui locus enim fraudibus non aperietur, ſi in codicillorum tabulis recedatur a ſolemni teſtium præſentia? Forſitan ſolemnia teſtamenti, quo confirmantur, ſatis haberi poterunt, ut certam reddant defuncti voluntatem?

XIV. Inter innumera Sacræ Rotæ Romanæ decreta tum vetuſtiora, tum quotidiana, unica, ni fallor, ſpecies apparet, in qua ſermo habetur de quadam ſchedula teſtamento confirmata. In collectionibus autem decretorum Senatus Neapolitani altera proſtat a Capicio Latro relata, quas brevi expediemus. Prima ita ſe habet (*a*): Teſtatrix teſtamento ſcripſerat: quicquid codicillis, ſive, ut nominat, *memorialibus*, reliquiſſet ſuo nomine ſubſcriptis, certoque loco conditis, ratum ſe eſſe velle poſt mortem ſuam, tamquam ſi ſcriptum eſſet in ipſo teſtamento. Defuncta teſtatrice, repertæ ſunt duæ ſchedulæ, quarum altera legabatur certa pecuniæ quantitas cuidam puellæ, quum religioſam vitæ conditionem iniiſſet. Heres legatum ultro agnovit, obtulitque illius præſtationem: legataria tamen quum diceret, teſtatricem noviſſimas quidem ſcripſiſſe tabulas, quibus vel totam, vel partem hereditatis ei reliquerat, egit idcirco adverſus heredem interdicto de hujuſmodi tabulis exhibendis. Heres negabat, nec alias tabulas reperiiſſe fatebatur præter illas, quas jam exhibuerat una cum ſchedulis, quarum mentio in teſtamento haberetur. Facti erat quæ-

(*a*) Rota deciſ. 663. par. 4. recent. tom. 1.

quæſtio, non juris: nimirum, an ex iis, quæ in facto afferebantur, locus eſſet interdicto de ſecundis tabulis exhibendis, quas heres fortaſſe occultaverat? Re perſpecta, ſecundum ea, quæ proponerentur, Sacra Rota reſpondit, locum non eſſe interdicto, quum non conſtaret, alias revera extare tabulas præter teſtamentum, quod jam exhibuerat una cum duabus ſchedulis, unam quidem, quam heres Tabulario tradiderat ex teſtatricis voluntate, altera, qua legatum continebatur in actricis beneficium. Itaque pronuntiavit, legatariam contentam eſſe debere legati in ſchedula relicti, cujus præſtationem heres principio obtulerat.

XV. Ex genuina hac controverſiæ narratione palam eſt, facti quæſtionem omnino fuiſſe, non juris: legatum autem relictum in ſchedula non ſolemni, teſtamento tamen confirmata, heres quidem præſtitit, non quod Sacra Rota ſchedulam adprobaſſet, quum id nunquam venerat in quæſtionem; ſed quod ipſemet heres ratum habuit defunctæ judicium in ſchedula expreſſum. Lex porro etſi ſolemnia præſcribat in ſupremis voluntatibus, nullibi tamen heredi vetatur, quin vel non ſolemnem defuncti ſequatur judicium. Opportune, inquit Ulpianus (a), *quamquam ex irritis codicillis libertates non debeantur; attamen SI HERES HOS CODICILLOS RATOS HABUIT, & ex his quædam præſtitit, & ſervos præſtandæ fideicommiſſæ libertatis gratia, in libertate morari voluit, ad juſtam libertatem eos perveniſſe reſcripto Imperatoris noſtri, & divi patris ejus declaretur*. Itaque id tantum Sacra Rota definivit, quod in diſputationem ve-

(a) l. 30. §. 17. de fideicommiſſariis libertatibus.

venerat; attamen quum heres ratos habuisset codicillos, licet jure non probatos, factum est, ut in hac specie servatum sit quidem defunctæ judicium vel non solemniter declaratum.

XVI. Altera species ita proponitur (a). Testator testamento ita caverat: *Lascio Tarquinia mia moglie donna, e padrona di tutti i miei beni*; & adjecit: *E succedendo morte di esso testatore, che la sua intenzione stia in arbitrio della detta Tarquinia, e della scrittura lascerà esso testatore di sua propria mano, quale resterà in potere della detta Tarquinia, ed a quella, ed alla detta Tarquinia si abbia relazione*. His testamenti verbis duo simul testator jussisse videtur, unum quod mentis suæ sententiam in uxoris conferret arbitrium, alterum quod codicillos esset relicturus, quos uxori quoque tradidisset. Successor ab intestato litem instituit adversus testatoris uxorem, contendens, testamentum jure non constare, tum quod in eo deesset expressa heredis institutio, tum quod voluntas captatoria videretur, tamquam collata in arbitrium uxoris. Hæc contra quum exhibuisset nedum testamenti tabulas, sed schedulam non solemnem, quam tamen testator testamento confirmarat, petiit hereditatem ex testamento. Quærebatur quid juris esset? Senatus Neapolitanus pronunciavit, sequendum omnino esse testatoris judicium, tum in testamento, tum in codicillis confirmatis expressum. Constare quidem ait testamentum; nam quamvis in eo non videretur facta expressa heredis institutio; inerat hæc tamen in illa enunciatione; *Lascio Tarquinia mia moglie* Donna, e Padrona *di tutti i miei be-*

ni

(a) Capicius Latro decis. 5.

ni ; nec hujusmodi voluntas captatoria dici potuerit, quum ex schedulæ exhibitione appareret, testatorem quædam legata in illa scripsisse, quorum præstationem haud contulerat in uxoris arbitrium ; ac propterea rejecta petitione successoris legitimi decrevit, locum esse successioni ex testamento. Sed quo jure valeret voluntas declarata in codicillis non solemnibus, confirmatis tamen testamento? Respondet Capicius Latro (*a*): *Sacrum Consilium habuit pro vera dicta scriptura exhibita per Tarquiniam, non tantum ex illa probatione habere notam manum, quantum ex ipso tenore scripturæ, in qua aderant nonnulla legata pia, immo legatum ad beneficium ejusdem Tiberii de Vincentiis ejus nepotis* (qui egerat contra testamenti tabulas); *& quod plus erat, approbata, & confessata per eamdem heredem, de cujus interesse principaliter tractabatur*. Respuerat quidem veniens ab intestato legatum sibi in schedula relictum, instans, successionem ei debere ab intestato deferri; quin schedulam improbabat, tamquam non solemnem, ut tabulæ ita omnino rumperentur. Heres contra legatum obtulit, ratosque se, aiebat, habere velle codicillos, licet non solemnes. Senatus scite censuit, relicta in schedula valere, tum quod contineretur favor caussæ piæ, tum quod heres ratam eam voluntatem habere velle declaraverat. Etenim, ut ex Ulpiano discimus (*b*), nullo jure prohibetur, quin ab herede impleatur defuncti voluntas in irritis codicillis relicta.

XVII. Hæc inquam habentur de schedulis revera non solemnibus, ac testamento confirmatis in universa quotidianarum quæstionum collectione, quibus jus receptum ex-

(*a*) loco cit. in fine. (*b*) cit. l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

exprimitur. Hinc quisque viderit, quanta religione, moribus nostris præsertim, in foro servetur jus Theodosianum de solemni quinque testium numero in quibuscumque codicillis, tum non confirmatis, tum confirmatis testamento, ut ita in supremis defunctorum judiciis fraudibus occurratur. Duas quidem diversas schedularum formas ex fori disputatione animadvertimus; unas solemniter a testatore nuncupatas coram legitimo testium numero, ac Tabularii præsentia; alteras omnino non solemnes, licet testamento confirmatas. Primas usus merito comprobavit, quum adsit solemnis nuncupatio, quæque respondet veteri solemni *testamenti nuncupationi* in testationibus per æs, & libram. Alteras nusquam hactenus probatas deprehendimus, nisi in duabus illis speciebus (a), in quibus heredes eas ratas habere voluerunt: nullo enim jure prohibetur heredibus defuncti sequi judicium vel in irritis codicillis, ut ex Ulpiano monuimus (b). Quod ergo spectat receptam fori sententiam in Italia præsertim, qua jus Theodosianum obtinet de codicillorum solemnibus, palam est, non secus hujusmodi schedulas admissas, nisi vel solemnis quinque testium numerus adhibeatur, uti Imperator statuit in quavis suprema voluntate excepto testamento: vel agatur de scriptura solemniter nuncupata; quo nomine venit vulgata illa fori regula, *ut liceat testari per relationem ad schedulam*, ut jam demonstravimus.

XVIII. At inquies, quid vetat, cur idem juris prin-

(a) in cit. nempe dec. Sacr. Rotæ Romanæ 663. part. 4. recent. tom. 1. & in altera a Capicio Latro relata Senatus Neapolitani decis. 5.

(b) cit. l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

principium perduci nequeat ad ſchedulas teſtamento confirmatas, eo ſaltem caſu, quo conſtat de ſcripturæ *identitate*? Jam vidimus, hoc repugnare expreſſo juri a Theodoſio præſcripto; tantum enim valet repetere ſchedulæ ſolemnia a teſtamento, quo confirmantur, quantum eas omnino non ſolemnes admittere; quum revera deſit tutior voluntatis fides, quæ certe ſine vera teſtium adhibitione haberi nequit. Sed quid obſtat, cur hæc tutior fides voluntatis non habeatur, ſi revera conſtiterit de ſcripturæ identitate? Quæ tutior deſiderari umquam poterit voluntatis probatio, quam illa *identitatis* ſcripturæ, qua defuncti judicium continetur?

XIX. Vel non intelligunt, quid dicant, vel iterum verborum ambagibus delectantur. Aio, in ſchedulis teſtamento confirmatis, quibus tamen abſit ſolemnis teſtium adhibitio, nec umquam haberi poteſt probatio *identitatis ſcripturæ*, ita ut prorſus delirent, qui hoc probationis genus exſpectaverint; naturaliter enim fieri nequit, ut teſtes, qui revera non adfuerint, teſtari valeant *ſcripturæ identitatem*. Notio *identitatis* eo revera pertinet, ut quum quis animum advertens ad aliquam rem, quam alias percepit, utraſque invicem mente ſua conferens, recordetur, ſive conſcius ſibi videatur, eam ipſam eſſe, quam alias ſe vidiſſe deprehendit, tum affirmat, quod *eadem* illa ſit, ſive diverſam eam non eſſe ab illa, quam alias perceperit. *Idem* porro a *diverſo* opponitur, quatenus ipſa re invicem comparata, ubi mens advertat eamdem prorſus notionem ubique offerre, *eamdem* eſſe dixerit; ſin diſtinctam, *diverſum* quidem affirma-

maverit (*a*). Ergo in ſchedula ſolemniter nuncupata facile intelligimus, quemadmodum haberi valeat probatio *identitatis ſcripturæ*, nam ubi teſtator eam teſtibus commonſtraverit in ſolemni illius nuncupatione, recte quidem poterit cognoſci ab ipſiſmet teſtibus, qui nuncupationi aderant. Etenim qui alias eam notarunt, conſcii ſibi eſſe poterunt, an *eadem* illa ſit, an *diverſa*; ideoque jure admittuntur ad *identitatis* probationem. At qui fiet, ut per teſtes, qui ſchedulam prius non viderint, teſtimonium perhibeatur *identitatis ſcripturæ*, ſi naturaliter fieri nequit, ut conſcius quiſque ſibi videatur ejus rei, quam alias non deprehendit? Quid porro exſpectabis probationem *identitatis* ab iis teſtibus, qui revera abfuerunt, quum ſchedulam teſtator conſcripſerit? Quo pacto inquam *eamdem* illam eſſe dixerint, ſi non prius iis offeratur, quam poſt mortem teſtatoris? Itaque quum recurrunt ad voluntatis probationem, vel ſibi blandiuntur, vel falſo interpretantur *identitatis notionem* in ſchedula

(*a*) Acute hæc vidit Lockius, quum diſtinguit notionem *identitatis* ab eo, quod *diverſum* appellamus. Ita loquitur lib. 2. Eſſai philoſophique concernant l'entendement humain chap. 27. §. 1. „ Une autre „ occaſion que nous avons ſouvent de faire „ des comparaiſons, c'eſt l'exiſtence meme „ des choſes, lorſque venant a conſiderer „ une choſe, comme exiſtant dans un tel „ temps, & dans un tel lieu determinè „ nous la comparons avec elle-meme exi- „ ſtant dans un autre temps; & par là „ nous formons les idèes d'*identitè* & de „ *diverſitè* .... Et c'eſt en cela que con- „ ſiſte l'*Identitè*: je veux dire en ce que „ les idèes, auxquelles on l'attribue, ne „ ſont en rien differentes de ce qu'elles „ etoient dans le moment que nous conſi- „ derons leur premiere exiſtence, & à „ quoi nous comparons leur exiſtence pre- „ ſente. Car ne trouvant jamais, & ne „ pouvant meme concevoir qu'il ſoit poſſi- „ ble que deux choſes de la meme eſpèce „ exiſtent en meme temps dans le meme „ lieu, nous avons droit de conclure, que „ tout ce qui exiſte en quelque part dans „ un certain temps, en exclut toute autre „ choſe de la meme eſpece, & exiſte là „ tout ſeul. Lors donc que nous deman- „ dons, ſi *une choſe eſt la meme, ou non*, „ cela ſe rapporte toujours à une choſe, „ qui dans un tel temps exiſtoit dans une „ telle place, & qui dans cet inſtant ètoit „ certainement la meme avec elle-meme, „ & non avec une autre &c. „

testamento confirmata; quæ sane non aliter fingi potest; nisi testes revera adfuerint vel illius scriptioni, vel nuncupationi, nisi mentiri velint.

XX. Dicet quis fortasse, quum testator testamento caverit, *se valere velle, quod codicillis, aut schedulis relinquat*, & deinde schedula reperiatur manu testatoris vel scripta, vel subscripta, tum ubi litterarum comparatione manus testatoris a testibus cognoscatur, si non scripturæ, saltem *voluntatis identitas* quodammodo probari videatur; constat enim, testatorem schedulam scripsisse, & alioqui ex confirmatione illius in testamento facta colligi poterit, non aliam esse testatoris voluntatem in schedula expressam, nisi eam, quam testamento indicaverat; ideoque satis erit, si habebitur *voluntatis identitas*.

XXI. Iterum in re seria verbis jocantur. Primo quidem nulla magis incerta est scripturæ probatio, quam ea, quæ fiat litterarum comparatione, ut statuit Justinianus (*a*); adeo, ut in supremis non videam, cur admitti valeat hujusmodi probatio, quum non alia de caussa in illis solemnia jus constituerit, nisi ut ita differret probatio voluntatis in supremis, ac in ceteris actibus inter vivos; frustraque in defunctorum judiciis adducuntur ii probationum modi, qui expresso jure respuuntur. Sed etiamsi ex litterarum comparatione, aliisque argumentis liceret defunctorum voluntates probari, quo sane nil in jure absurdius, num idcirco habebitur voluntatis *identitas*? Nonne alia esse poterit testatoris voluntas in schedula expressa ab illa, quam revera testamento confirmare intellexit? *Identitas* quidem

(a) l. 20. C. de fide instrumentorum.

dem voluntatis in hac ſpecie conſequitur ex ipſa *identitate* ſcripturæ, in qua ea continetur; ubi enim certi erimus, eamdem revera eſſe ſcripturam, quam teſtator teſtamento indicaverit, tum quoque dixerimus *eamdem voluntatem haberi*. Hoc ergo pendet omnino ex ipſamet ſcripturæ *identitate*, qua voluntas comprehenditur; ideoque idem eſt quærere de *identitate voluntatis*, ac de *identitate ſcripturæ*, quum una alteram neceſſario conſequatur; atque ubi hanc habere nequeas in ſchedula non ſolemni, licet teſtamento confirmata, nec illam habebis.

XXII. Sed liceat tandem, quæ hactenus late expoſita ſunt in propoſita diſputatione hoc loco una colligere. Jus Theodoſianum de ſolemni quinque teſtium numero in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum nequit accommodari ad codicillos tantum non confirmatos, non item confirmatos teſtamento, niſi in legem maniſeſtiſſime offenderis. Legum auctoritates, quæ in contrarium proferuntur ex Pandectarum libris, nedum perduci nequeunt ad novum jus codicillorum ab Imperatoribus præſcriptum, ſed prorſus alienæ ſunt a diſputationis propoſito; illic enim agitur, quemadmodum relictorum cauſſa valere dicatur, an ex teſtamento, an ex codicillis; hic vero de ſolemnibus jure novo conſtitutis. Rationes, quas offerunt, falſiſſimis quidem hærent principiis: Si ſchedulam teſtamento confirmatam ſolemnem dicant, quod ſolemnia ex teſtamento accipiat, turpiter decipiuntur, quum ſolemnia etſi *ex jure* habeantur, *in facto* tamen conſiſtunt; nec aliter actus ſolemnis dicetur, niſi revera adhibeatur ritus a lege præſcriptus, quum quæ in facto conſiſtant, fictionem non recipiant. Hæc quantum ad ſinceram juris

Theodosiani expositionem. Quum autem ad jus receptum descenderis, quicquid alibi servetur, certum est in Italia præsertim nusquam hactenus recessum a Theodosii constitutione, tum in codicillis non confirmatis tum confirmatis testamento, quum revera uterque codicillus æque egeat iisdem solemnibus ad tutiorem voluntatis probationem. Quod autem moribus obtinet de schedula solemniter nuncupata, nullo pacto perduxeris ad schedulam revera non solemnem, licet testamento confirmatam. Longe quidem distat prima ab altera; nam in illa revera adsunt juris solemnia, in hac vero agitur de fictitia solemnitate, nimirum verbo tenus, quantum rabulis occasio offeratur legem fraudandi sub nominum involucris. Quicquid demum congerunt de *identitate scripturæ*, ac voluntatis, ex dialectices regulis, qnibus accepimus, quidnam *idem* dicatur, quidve *diversum*, apertissime apparet, in quem errorem inciderint, qui unam *identitatis* rationem considerarunt, tum in schedula solemniter nuncupata, tum testamento confirmata, scriptaque sine testium præsentia; ubi enim non adhibeatur testium præsentia in Schedula, sive quum scribitur, sive quum nuncupatur, numquam fiet, ut constare valeat, vel de scripturæ, vel de voluntatis *identitate*, nisi rerum notiones una cum recta nominum intelligentia perverteris. Hæc inquam de solemni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis. Sed quid erit, si non testamento, sed aliis codicillis solemnibus sit schedula confirmata? Hoc sane numquam in disputationem adductum est apud scriptores; quum haud fortasse existimaverint, quæ dixerant de confirmata testamento, perduci etiam posse

ad

ad confirmatam aliis folemnibus codicillis. Etenim leumg auctoritates, quibus utuntur, ut vidimus, licet falso usurpatæ in prima specie, vix est ut ad alteram transferrentur. Verum quisque viderit, quid huic dubitationi respondendum videatur, postquam animadverterit omnino comprehendi sub Theodosii lege quamcumque voluntatem præter testamentum.

§. Ultimus.

Refellitur Boehmeri sententia quantum ad alteram suæ disputationis partem.

I. POstquam contenderat Boehmerus, constare posse sine solemni quinque testium adhibitione codicillos testamento confirmatos, longius eo usque progreditur, ut ostenderet, eamdem doctrinam interdum etiam accommodari codicillis non confirmatis testamento, itemque ab intestato factis; ut ita, quoad posset, assertioni serviret suæ disputationis, quam inscripsit DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS. Quod ut præstaret, enumerat peculiares quosdam casus, quibus valerent relicta in hujusmodi codicillis, licet non solemnibus. Sed quam præpostere hoc ostendere conetur, refert, ut modo videamus. Ait ergo, codicillos Principi oblatos, vel conditos apud Magistratum, vel factos a militibus, vel etiam a paganis, qui in hostico deprehendantur, vel conditos tempore pestis, vel a Patrefamilias inter liberos, vel demum ubi quid relinquatur piis usibus, licet non fuerint testamento confirmati, recte quidem consistere sine solemni quinque testium præsentia; ut

ut propterea in his speciebus locus non sit constitutioni Theodosii (a).

II. Mirum est, quo conatu exagitare Boehmerus studuerit Theodosi legem, ut undique eam circumduceret! Ecquis non videt, quam aliena hæc sint ab Imperatoris consilio, quum solemnia in codicillis præscripsit, quin quam immerito hæc referantur ad disputationis propositum? Quum Theodosius novam codicillis præbuit formam a veteri diversam, non aliud revera agere intellexit, nisi ut solemnes faceret testationes per codicillos expressas, quæ tales antea non erant; atque ubi de jure veteri codicilli, tum ad testamentum facti, tum ab intestato, tum testamento confirmati, tum non confirmati recte constabant sine juris solemnibus, quo magis defunctorum voluntatibus prospiceret adversus falsariorum fraudes, novam iis formam constituit, qua iis solemnia adscripsit. At nusquam credidit constitutionem perducere etiam ad privilegiarias testationes; hoc enim nec præstare poterat, nisi nova quoque lege negaret quidem iisdem testationibus ea privilegia, quæ jam obtinuerant, ut nempe vagarent extra juris observationem, atque rigorem. Neque hic agimus de testationibus privilegiariis, in quibus nedum codicillorum, sed & testamenti tabulis pari ratione leges solemnia remiserunt; ridiculum enim esset dubitare, an in codicillis, puta militum locum habeant Theodosii solemnia, si expresso jure milites testari valent præter juris solemnia nedum in codicillis, sed in testamentis præscripta. Revera in hujusmodi testationibus quan-

(a) Vide quæ congerit cap.2. suæ disputationis ex §.8. ad finem.

quantum ad ſolemnia non diſtinguuntur teſtamenta a codicillis, ſed una lege conſiderantur; ideoque non recte Boehmerus in ſuæ diſputationis propoſito exempla profert hujuſmodi codicillorum, quaſi in teſtamentis ſolemnia exigerentur. Teſtationes ergo privilegiariæ eadem ratione, qua haud comprehenduntur ſub ſolemnibus teſtamentorum, nec recipiunt juris obſervationem in codicillis præſcriptam. Hinc ubi in noſtro commentario pertractavimus, quicquid ad jus codicillorum pertineret, alienum duximus deſcendere ad teſtationes privilegiarias codicillis expreſſas; earum enim poteſtas quum non diſtinguatur a teſtamentis, ſed una juris ratione utraque teſtatio conſideretur, non ad codicillorum, ſed teſtamentorum materiam ea referenda magis videretur.

III. Proponit præterea Boehmerus exemplum codicilli facti ab inteſtato ſine ſolemni quinque teſtium adhibitione. Sed videamus, quid tandem ſibi velit cum ſuis *codicillis ſine teſtibus validis*. Cavit Juſtinianus (*a*): ſi teſtator ita fideicommiſſum relinquat, ut voce illud pronunciet vel heredi, vel cuivis alio, a quo præſtari velit, tum etſi hoc actum ſit ſine teſtium adhibitione, valere juſſit fideicommiſſum, dummodo illud is fateatur vel per jurisjurandi delationem, a quo relictum fuerit. Placuit quidem Imperatori, in fideicommiſſis relictis per nuncupationem loco teſtium ſequendam fidem illius, a quo relinquitur, ut non tam a teſtibus, quam ab eo, qui fideicommiſſum debeat, manifeſtetur teſtatoris voluntas, ut alibi notavimus (*b*). Sed quorſum hæc ad codicillum ad-

(*a*) In L. ult. C. de fideicommiſſis.
(*b*) Vide quæ diximus cap. 2. noſtri commentarii §. 1. n. 10.

admiſſum ſine ſolemni teſtium præſentia? Nimirum, inquit Boehmerus, valere dicuntur hujuſmodi relicta vel ſine teſtium adhibitione. Sed aliud eſt, Imperatorem quidem caviſſe in hac peculiari ſpecie, ut neceſſaria non habeatur probatio voluntatis ex aliorum teſtimonio; aliud valere codicillum ſine teſtium præſentia. Etenim numquam jure conſtabunt codicilli ſine ſolemni teſtium adhibitione, quum illorum fides habenda ſit ex eorum teſtimonio; quum vero Juſtinianus in gratiam fideicommiſſi per nuncupationem declarati voluit, ut vel jurisjurandi delatione cogatur is, a quo fideicommiſſum petitur, defuncti voluntatem aperire, non inquam effecit, ut codicillus valeret ſine teſtium præſentia, ſed ut in hac ſpecie loco teſtium ſtaret probatio voluntatis facta per manifeſtationem illius, a quo relinquitur. Nam, ut inquit (a): *Quum res per teſtium ſolemnitatem oſtenditur, tunc & numerus teſtium; & nimia ſubtilitas requirenda eſt. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (& maxime ipſe heres, cui ſumma auctoritas totius cauſſæ commiſſa eſt) dicere compellitur veritatem per ſacramenti religionem, qualis locus teſtibus relinquatur; vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta?* Potior quidem viſa eſt Imperatori propria heredis fides quovis extraneo teſtimonio; ideoque id tantum cavit, ut heres cogeretur ad manifeſtationem voluntatis, non item ut hujuſmodi codicilli valerent ſine teſtium præſentia.

JU-

(a) cit. L. ult. C. de fideicommiſſis.

JUSTI HENNINGI BOEHMERI
DISPUTATIO
DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS

Cum animadverſionibus, quibus Auctor ſuo quoquo loco notatur.

CAPUT I.
De Codicillis ad teſtamentum factis ſine teſtibus validis.

§. I.

Cauſſæ difficultatum juris Romani.



US noſtrum, in quo quotidie verſamur, quod manibus terimus, variis difficultatibus ſubjectum eſſe nemo dubitabit; ſive illud quoad theoriam examinemus, ſive, prout in ipſis rerum obtinet argumentis, intueamur. Equidem rationes horum ſcopulorum non unæ ab eruditis allegari ſolent, quas quidem enumerare, & excutere haud mihi integrum eſſe video; interim tamen duo potiſſimum impedimenta tantum allegabo, quæ difficultatem hanc maxime augent, promoventque. Primo expeditum eſt, jus Romanum peregrino idiomate eſſe *ſcriptum, latino ſcilicet; cujus uſus quidem in Academiis ſatis decantatus eſt, ſed ut*

plurimum superficiarie tantum in scholis ICtorum ejus ratio haberi solet; quo ipso factum, ut vim, & veram verborum, & terminorum indolem, virtutemque ICti sæpe amiserint, & in ipsius rei conceptum non recte penetrare potuerint. Restaurata quidem hodie quodammodo est genuina Juris Romani facies, postquam ICti nonnulli elegantiora studia ad Jus Romanum conferre inceperunt; sed rariores sunt, qui illos sequuntur, quoniam plerique persuasum habent, elegantiora studia parum utilitatis futuro practico afferre, cum tamen absque his non solida in jure eruditio, sed vix superficiaria haberi possit. Alterum impedimentum est ignorantia antiquitatum Romanarum, *& processus Romani, statusque civilis, quæ tamen rationes juris sæpissime suppeditant. Constat enim jus nostrum vel ex principiis* naturalibus, *vel* civilibus; *illius rationes petendæ sunt ex jure Naturæ, id quod ICti in decisionibus ejusmodi secuti sunt; hujus vero ex civilibus caussis, quæ connexionem habent cum statu publico, & civili. Ubi olim antiquitates Romanæ a Doctoribus negligebantur, incertis opinionum procellis ferebantur, postquam vero hodie e tenebris in lucem protractæ sunt, pristino suo nitori juris Romani prudentia restitui cœpit.*

§. II.

Conceptus Codicillorum non ita planus est.

Q*Uod si exempla materiarum, in quibus hæc duo impedimenta difficultates pariunt, desiderantur, infinita*

ta quidem in promptu essent, si illa colligere animus esset. Pro ratione instituti mei nunc quidem ad codicillorum materiam provoco, quae quidem satis plana esse videtur, si communem Doctorum opinionem intuemur. Ast si quae communiter doceri solent, paulo accuratius secundum Romanae linguae indolem examinamus, statim apparebit, vel ipsum conceptum codicillorum plurimis adhuc incognitum esse. Et tamen ex eorum natura omnes jurium dispositiones fluunt, veluti quod in iis hereditas non detur, & tamen fideicommissum universale constitui possit, cujus rei diversitas ex ipso conceptu codicillorum fluit (a). *Sunt vero plures adhuc difficultates, quae superari non aliter possunt, quam si conceptum eorum recte investigaverimus; veluti an a Codicillis differat epistola fideicommissaria? an semper testes requirant, an dentur codicilli nuncupativi, & quae sunt hujus generis aliae quaestiones* (b). *In praesenti itaque dissertatione illud potissimum enucleare curabo, an in codicillis semper testes sint necessarii, cujus quidem decisio plana esse videtur ex* L. ult. in fine C. de Codicillis, *& communi Doctorum assensu; sed tamen non*

(*a*) Perperam arbitratur, quum credit ex codicillorum nomine venire, ut non recte in illis hereditas daretur, licet per fideicommissum constaret; hoc enim non ex vocis, sed ex intima juris Romani ratione proficiscitur, ut mox videbimus.

(*b*) Aliud est rectam nominis intelligentiam tenere, ut sinceram illius habeamus notionem, aliud quaestiones in jure definiri ex vocis significatione. Primum utile quidem videtur, non modo, ne verborum confusione rerum obvolvantur notiones, sed ut ex primoeva nominis significatione rerum ducatur origo. Alterum non ad vocis intellectum pertinet, sed ad solida cujusque doctrinae principia, praesertim in juris arte explicanda, quae non tam verbis, quam rebus potissimum insistit.

non deerunt rationes, quibus oftendi poteſt, illud haud univerſale eſſe, præſertim ſi Codicillos ex teſtamento dependentes, de quibus hoc capite agendum, ſupponamus, ut ut & in Codicillis ab inteſtato nonnumquam id uſu veniat, quos caſus ad caput ſequens reſervabo.

§. III.

Codicilli denotant vi vocis epiſtolam ſcriptam ad aliquem.

UT *ut vero alias otioſas vocum aucupationes, & explanationes negligendas cenſeam, tamen ubi natura rei ex vero, & genuino vocis intellectu deduci poteſt, illa non eſt omittenda. Vox* Codicillorum *quidem ambiguam habet ſignificationem*. Vide Coll. 1. Arg. ad tit. de codicillis n. 3. *Sed varii hi ſignificatus non adeo inter ſe diſcrepant, ſaltim in eo conveniunt, quod denotent ſcripturam quandam ad alterum emiſſam. Et ſic primario denotat epiſtolam, vel literas ad aliquem ſcriptas* (a) *uti in hoc ſignificatu fere potiſſimum*

(*a*) Diſtinguere hic debuerat Boehmerus latinam *codicillorum* ſignificationem ab eorum notione, quatenus accipitur a Juriſconſultis. Quod ad primam attinet, falſo ſuſpicatur, non aliud eorum nomine revera venire, niſi *epiſtolas*; nam codicilli proprie dicti ſunt, quicquid tabellis ceratis ſcriptum eſſet, ſive epiſtolæ, ſive orationes, ſive poemata, ſive quid aliud in iis contineretur; non enim referebantur ad peculiare quoddam operis genus, epiſtolarum nempe, ſed tum ad materiam, in qua ſcribebatur, tum ad modum, quo tabellæ ſimul jungerentur. Vide quæ diximus cap. 1. noſtri comment. n. 1. & 2. Mox videbimus, quod ſpectat eorum notionem, ut jure conſideratur.

mum apud probatos autores occurrere ſolet . Sic Cicero lib.4. epiſt.12. *ita ſcribit* : Cum non longe a Piræo abeſſem , puer Acidini *obviam mihi venit cum codicillis* , *quibus erat ſcriptum* . Et lib.6. Epiſt.18. : Simul ut accepi a Seleuco tuas litteras , ſtatim quæſivi a Balbo per codicillos , quid eſſent in lege . *Porro* in lib.12. ad Attic. epiſt.8. *idem ſignificatus occurrit* : quæ deſideras , *ſcribit* , omnia ſcripſi in codicillis ; *&* *in fine ita* : De Balbo & in codicillis ſcripſeram . *Sic etiam apud Tacitum* lib.1. Annal. *dicitur*: Is ad Tribunum miſerat codicillos , *hoc eſt* , *litteras* , & lib.4. Annal. *ibi* : Compoſuit ad Cæſarem codicillos . *Adhuc explicatius hac voce in hoc ſignificatu utitur Cicero* lib.2.ad Q. fratr. epiſt.10. *ajens*: Epiſtolam hanc convicio efflagitarunt codicilli tui . *Sic itaque quidem in genere epiſtolam denotarunt codicilli* , *aliquando tamen ſtrictius pro certo genere epiſtolarum codicilli ſumti ſunt* , *ſcilicet pro epiſtola ad præſentem ſcripta* , *quod probat Seneca his verbis* epiſt.55. in fine : Video te , mi Lucili , cum maxime audio , adeo tecum ſum , ut dubitem , an incipiam non epiſtolas, ſed codicillos tibi ſcribere . (a)*Quin & quandoque latiori in ſenſu epiſtolas publicas* , *ſeu reſcripta denotarunt* ,

(*a*) Quæ afferuntur ſcriptorum loca non probant, niſi quod veteres codicillorum nomine quandoque ſignificaverint epiſtolas vel ad abſentes miſſas , vel ad præſentes , quod haud negamus . Sed non recte exinde conficitur, per codicillos epiſtolas venire . Epiſtolarum quidem nomen continet illud ſcriptionis genus , per quod animi ſenſa abſentibus aperimus ; codicillorum vero exprimit materiam , in qua ſcribitur ; nam quum in tabellis ceratis epiſtola ſcribetur , codicilli nominarentur . Hinc idem valet apud latinos , ſcribere in *codicillis* , vel per *codicillos* , ac ſcribere in tabellis

runt, *cum etiam hæc ſæpe* epiſtolæ *vocentur* §.2 Inſt. de his, qui ſui, vel alieni juris ſunt §.4. in fine Inſt. de fidejuſſoribus; *& hoc quoque intuitu* codicilli *nonnumquam in jure dicuntur* §. 4. Inſt. quibus modis jus patr. pot. tol. L.41. de excuſ. L.1. C. ut omn. judic. *conf. Barnab. Briſſon. ſub* voce codicilli.

§. IV.

Amplificantur hactenus dicta ad Codicillos, quatenus ſunt ultimæ voluntatis ſpecies.

CUM *itaque hæ tres ſignificationes in eo conſpirent*, *quod codicilli uſu communi loquendi apud Romanos denotaverint* epiſtolas, *ſive ad abſentes*, *ſive ad præſentes ſcriberentur*, *ſive denique ex Imperatorum indulgentia ad preces ſubditorum emanarent*, *ſatis probabile eſt*, *codicillos*, *qui tempore Auguſti*, *tamquam ultimæ voluntatis ſpecies approbati ſunt*, *quoad primam ſuam originem nihil aliud fuiſſe*, *quam* epiſtolam ſcriptam ad heredem de eo, quod poſt mortem ſuam ſcribens ab herede fieri vellet, *in quo conceptu cum plurima ſita ſint*, *hoc ipſum nunc ex jure probandum erit* (a).

§.V. Co-

---

ceratis. Idem dicendum de Imperatorum reſcriptis, quæ codicillis continebantur, ſive tabellis ceratis. Cetera notavimus cap.1. noſtri comment. loc. cit.

(*a*) Inſpecta codicillorum origine ſi conjectare velis, eos ſcribi tum ſolere potiſſimum epiſtolarum more, non prohiberis; at ſi intelligas, apud Juriſconſultos per codicillos nil aliud venire, niſi epiſtolam ad heredem ſcriptam,

§. V.

Codicilli nihil aliud erant, quam epiſtolæ; quod probatur (I.) ex origine.

HOC *ipſum vero ſatis conſpicuum redditur (I.) ex origine horum codicillorum, quam Imperator* in pr. Inſt. de codicillis *ſatis diſtincte tradit, ſcilicet Lucius Lentulus Romæ fecerat teſtamentum, & Auguſtum filiamque ſuam inſtituerat heredes, eodemque teſtamento caverat, ut ſi quos poſtea codicillos ſcriberet, ii ex eo teſtamento valerent. Cum poſtmodum in Africa morti vicinus eſſet, ſcripſit codicillos ad heredes, petiitque ab Auguſto herede ſuo, ut aliquid faceret, ſeu præſtaret poſt mortem ſuam. Hic ſane non alia diſpoſitio per Codicillos intelligi poteſt, quam epiſtola quædam, cum eo tempore codicilli nihil aliud denotarent, ut §. III. evictum eſt. Non enim ulla ratione oſtendi poteſt, per codicillos aliud aliquid eo tempore intellectum fuiſſe, & ſic ſecundum uſum communem loquendi illius temporis diſpoſitio Lentuli æſtimanda eſt* (a). *Jam quidem hactenus*

---

prorſus ineptiveris; quum perſpicuum ſit, in jure ſignificaſſe *non ſolemnem teſtatoris voluntatem*, quatenus a teſtatorum ratione diſtinguitur. Vide quæ notavimus loc. cit. n. 3.

(*a*) Iterum nugatur cum epiſtolarum, ac codicillorum nominibus. Quod Lentuli ætate codicilli ſcriberentur more epiſtolarum, an idcirco non aliud eos eſſe dixeris in jure, quam *epiſtolas?* Sed utcumque illos conſideraveris, tamquam epiſtolas ad heredes ſcriptas, quid porro hoc pertinet ad jus codicillorum? Aliud eſt animadvertere in hujuſmodi voluntatibus ſcripturæ modum, aliud juris rationem; quæ ſane ſi una confundantur, numquam cognoſces, quid revera in jure haberi debeant.

ctenus inauditum erat, per epistolam, vel codicillos heredi aliquid injungere, quod ei necessitatem imponeret voluntatem defuncti implendi. Sed nihilominus Augustus heres voluntatem ejus implebat, & filia Lentuli legata praestabat ex epistola patris, quae jure ordinario non debebat. Uti vero exempla Principum facile subditos ad imitationem rapere solent; ita quoque deinceps alii Augusti autoritatem secuti fideicommissa ex ejusmodi epistolis ad heredem scriptis praestabant. Quo ipso factum, ut Augustus suasu ICtorum, & imprimis Trebatii magnae tunc temporis autoritatis ICti, codicillorum usum lege probaret, & in utilitatem civium introduceret, cum non semper civibus integrum esset, testamenta concinnare, maxime, si peregrinationes facerent. Post quod tempus cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli optimo jure admitterentur. Erat enim Labeonis maxima autoritas, adeo ut Tacitus lib. 3. Annal. *illum, & Attejum Capitonem* duo pacis decora *nominet; sed in eo Labeonem Capitoni praeponat, quod* esset incorrupta libertate, & ob id fama celebratior, cum e contra Capitonis obsequium dominantibus *magis probaretur. Atque hinc Labeonis autoritas apud populum libertatis amantem plus ponderis habuisse videtur L. 2. §. 47. ff. de origine juris* (a). *Sic itaque satis constat, ratione primae originis codicillos fuisse meras epistolas a defuncto ad heredem scriptas.*

§. VI.

(a) Vide quae diximus de origine codicillorum cap. 1. §. 1.

§. VI.

Probatur II. ex eo quod in jure promiscue etiam epistolæ vocentur.

C*Onstat quoque II. id ipsum exinde, quod in jure nostro codicilli passim* epistolarum *nomine veniant. Evidenter id patet ex* L. testamento 89. pr. *ff. de legatis 2. ubi ICtus ita*: Quæro, cum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, vice (*hoc est jure*) codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quæ epistola continentur ad filium pertineant? Respondi si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in ea dare se velle significavit. *In hoc textu codicilli, & epistola promiscue sumuntur, ex quo certum indicium nascitur, codicillos ejusmodi per modum epistolæ solemnis scriptos fuisse* (a). *Idem ulte-*

(*a*) Jam vidimus cap. 1. nostri comment. §. 10. n. 18., & 19. quid proprie apud Jurisconsultos veniret nomine *codicillorum*, quid *epistolarum*, licet utrumque contineatur sub generali codicillorum significatione. Si quid per fideicommissum relinquebatur in codicillis, *epistolam* potissimum veteres nominarunt, sive *epistolam fideicommissariam*, quæ vox simplicior videbatur ad exprimenda fideicommissorum relicta. Quod vero relinquebatur per verba directa, *codicillos*, sive *codicillos confirmatos* magis appellabant, ut cit. loco probavimus. Hinc nil mirum, si Consultus in hac lege *epistolæ* nomine intelligit prælegatum filio relictum verbis præcativis; nec inde consequitur, codicillos in jure non haberi, nisi epistolas. Nam utcumque Consulti eos nominaverint quantum ad pressiorem illorum significationem, tum codicilli proprie accepti, tum epistolæ fideicommissariæ veniunt sub uno juris intellectu, quod nempe contineant voluntatem non solemnem a solemni distinctam, quæ habetur in testamento.

ulterius evincitur ex L. uxorem 41. §. 2. ff. de legatis 3. *ubi rursus codicilli, & epistola promiscue sumuntur. Ut ut enim hæc duo inter se opponi videantur in verbis*: Utrum eidem Damæ ex verbis codicilli ab heredibus præstandi sint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis epistolæ pertineant; *tamen antecedentia demonstrant, de codicillis tantum sermonem fuisse, & quæ dispositiones ibi occurrunt, generali nomine codicillorum veniunt* (a).

§. VII.

Codicilli, & epistola fideicommissaria non differunt.

E*Quidem non desunt, qui inter codicillos, & epistolam fideicommissariam differentiam quamdam observant, quæ agnita fuisse videtur ab Imperatoribus in* L. 7. C. qui testamenta facere possunt, *ubi ita: quod & in codicillis, & fideicommissariis epistolis jure scriptis observandum erit, quibus verbis inter se hæc duo distingui videntur* (b). *Differentias autem has assignat Petrus Mullerus* in notis ad Struvium ex. 34. th.68., *I. ratione scripturæ; quod*

(*a*) Nullibi, quam hoc juris loco Boehmerus apertissime arguitur; quo quidem distinguere voluit Consultus *codicillum* verbis directis conceptum ab *epistola* verbis precativis, ut latius ostendimus loco cit. n.19.

(*b*) Non ab Imperatoribus, sed a Jurisconsultorum lingua primum cœpit haberi discrimen inter *codicillum* pressius acceptum, & *epistolam fideicommissariam*, ut diximus.

quod scilicet epistola semper eam desideret, licet codicilli possint esse nuncupativi. II. ratione præmissæ salutis, sine qua epistola non concipitur. III. ratione illius ad quem epistola dirigitur, qui in epistola est amicus forte aliquis, aut propinquus, in codicillis autem semper heres supponendus. IV. ratione legatorum, quæ in codicillis præsertim testamento confirmatis dari possunt. Sed hæ differentiæ nullo modo fundatæ sunt. Nam hoc numquam autor prælaudatus probabit, codicillos ab initio, & maxime jure Digestorum potuisse absque scriptura fieri, quin semper ubi in Digestis fit mentio codicillorum, præsupponuntur ex natura sua scripti. Inde etiam Ulpianus in L.3. ff. de testam. milit., *ubi clausulæ codicillaris mentionem injicit, ita ait:* quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenta faciunt PER SCRIPTURAM adiicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere; *ex quo patet, olim tantum testamentis scriptis clausulam hanc adjectam fuisse*(a). *Quod vero jure Codicis aliud introductum sit, id juris sequioris est, & hujus rationem deinceps excutiemus* (b). *Altera differentia itidem haud subsistit. Nam & in codicillis præmissio salutis de jure antiquo occurrit. Audiamus Marcellum, qui in* L. 56. de fideicom. libert. *ita ait: deinde codicillis ita cavit.* Lucius

(*a*) An codicillos veteres admitterent, nedum per *scripturam*, sed per *nuncupationem* latius egimus cap.1. nostri comment. §.4. Nec prorsus ad rem facit hic Ulpiani locus, ut ibi ostendimus num.3.

(*b*) Non inquam ex jure Codicis Justinianei cœperunt codicilli per *nuncupationem*, sed nec veteribus ignoti fuere, nulla enim juris ratio obstabat, quominus testamenti exemplo fieri non potuerint per nuncupationem, ut probavimus loc. cit.

cius Titius heredibus primis, & substitutis salutem. *Hic adest formula codicillorum, in quibus salutationis præmissio, ut in epistolis occurrit* (a). *Aliud exemplum occurrit in* l.37. §.3. ff. de legatis 3., & §.2. L.35. L.30. §.1. de adim. vel transf. legat. *De quibus, & similibus textibus postea specialiter dicendum erit. Sed nec semper in epistolis salutationem per se olim rem necessariam fuisse evicit Lauterbach.* diss de epistola th.32. *cum etiam in jure nostro epistolæ inveniantur, quæ nullam salutationem præmissam habent* L.12.§.12. mandat.L.5.§.3.L.21.& 26.de constit. pec. L.75. pr. ff. de legat.2 L.4. de adimed. vel transf. legat. *Tertia differentia itidem non stringit; quando enim quæstio est de epistola fideicommissaria, illa ordinarie etiam dirigitur ad heredem, vel ad eum, qui ex beneficio, & voluntate defuncti aliquid habet, quod clarissime apparet* ex L. 75. pr. ff. ad S. C Trebell., *ubi ICtus ita inquit*: Epistolam ad heredem suum in hæc verba scripsit, & *in* L.37. §.3. de legatis 3. *patet, epistolam fideicommissariam ad filium suum scripsisse dicitur, qui ex donatione patris aliquid possidebat. Ultima denique parum in recessu habet; postquam enim legata fideicommissis exæquata sunt* L.1.ff.de legatis 1. *legata sine dubio in codicillis, & epistolis, quæ non differunt, nisi sono vocis, relinqui possunt* (b). *Hisce præmissis con-*

(a) Salutis præfatio non utique pertinuit ad formulam codicillorum; nam in testamentis quoque comperimus apud veteres hujusmodi salutis præfationes. Vide L. 34. §.1., & 6. de legatis 2.

(b) Quicquid interpretibus placuerit de differentia inter *codicillos*, & *epistolas*; revera eo tantum vertebatur, ut codicillis proprie dictis *legata* relinquerentur, *epistolis* fideicommissa. Perperam autem Boehmerus repetit exæquationem legatorum cum fi-

conspicuum est, *ex* L. 7. C. qui testamenta facere possunt *non inferri posse*, *olim differentiam fuisse*; *cum particula* et *non semper separet*, *aut distinguat*, *sed sæpe duo vocabula idem significantia conjungat*, *vide Strauch.* de particul. juris sub voce ET (a)

§. VIII.

Explicatur Lex ultima principio ff. de legatis 2.

A*Gnoscit etiam Cardinalis Mantica* de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 11. n. 2. & 3. *nullam in effectu inter codicillos*, *& epistolam esse differentiam*; *tamen ratione modi*, *& formæ aliquam superesse existimat*, *deceptus ex* L. fin. pr. ff. de leg. 2., *quasi ibidem codicilli ab epistola distinguerentur*. *Casus in dicto textu est talis*: *Quidam in testamen-*

deicommissis ex L. 1. de legat. 1. præsertim quantum ad varias hujusmodi relictornm caussas; quum in comperto sit, quicquid Constantinus formularum superstitiones abrogaverit, non ante Justinianum in unam prorsus juris rationem adducta; ut nil penitus distarent relicta per verba directa a fideicommissis. Vide quæ longius hanc in rem attulimus cap. 2. nostri comment. §. 4. n. 2., & 3.

(*a*) Quoniam falso credidit ex L. 1. de legatis 1. jam sublatum quodcumque juris discrimen inter legata, & fideicommissa, ubi in citata L. 7. C. qui testamenta facere possunt aperte distinguuntur codicilli ab epistolis fideicommissariis: *Quod in codicillis*, *& fideicommissariis epistolis* ... *observandum erit*, Boehmerus putavit ea verba *in codicillis*, *& fideicommissariis epistolis* veluti synonima haberi. Quid facies huic legum interpreti? Verum patet, hanc legem Valentiniani esse, cujus ætate adhuc stabat differentia relictorum per verba directa, ac precativa, ideoque discriminantur *codicilli* ab *epistolis fideicommissariis*.

mento caverat, si quid obsignatum recepisset (vel ut alii legunt reperisset *scil. heres) id ipsum jure codicillorum valeret. Reperta est epistola ad heredem scripta non obsignata, ibi non quærit ICtus, an hæc epistola jure codicillorum valeret; sic enim forsan distinxisse hæc duo dici posset, sed potius ita:* An quæ epistola còntinentùr, ad filiam pertineant? *De hoc ergo non erat quæstio, an non hæc epistola essent codicilli, sed an tales codicilli non obsignati valerent? Olim enim codicilli testamento confirmari solebant; jam ergo inde ratio dubitandi petebatur, an tantum illi codicilli a testatore in præcedente testamento confirmati fuissent, qui essent obsignati, non vero qui non obsignati invenirentur, quo ipso videbantur nullius esse efficaciæ. Sed nihilominus ICtus contrarium decidit, quoniam sufficiebat, generaliter codicillos esse confirmatos, præsertim cum nec obsignatio præcise requireretur. Unde quando Mantica rem ita definit,* valuisse hoc in casu dispositionem non jure codicillorum, sed jure epistolæ fideicommissariæ, *differentiam adstruit rerum, quæ sono differunt, re conveniunt, sicuti ipse postea non diffitetur, epistolas tales etiam valere jure codicillorum, hoc est, unum, idemque esse.* (a).

§.IX.

(*a*) Agnosco ineptam Manticæ interpretationem in relato Scævolæ responso; quum nec Consulti sententia, nec quæstio proposita pertineat ad differentiam *codicillorum* ab *epistolis*. Sed miror Boehmerum, qui legis sententiam exponere conatur, plura congerere prorsus aliena a Consulti mente. Non inquam illic agitur de jure confirmationis in codicillis; sed quærebatur, an epistola valeret, licet non obsignata contra ea, quæ testator significaverat testamento, ut nempe id vice codicillorum valere vellet, quod a se obsignatum reliquisset. Sed vide hujus responsi expositionem, quam protulimus cap. I. nostri comment. §. 3. nu. 7. & seq.

§. IX.

(III.) Codicilli dicuntur ſcribi ad heredem.

S*Icuti itaque epiſtolæ ſcribuntur ad amicum, vel tertium quemdam, ita quoque nunc (III.) in jure paſſim de codicillis dicitur, quod* ſcribantur ad heredem, *vel ad eum, cui ex beneficio defuncti aliquid obvenerat, quod rurſus indicium præbet, codicillos nihil aliud, quam meras epiſtolas defunctorum fuiſſe. Sic in* L. 11. ff. de jure codicillorum *ita dicitur*: Qui gravi utero uxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis, libertates dedit; *& in* L. 19. ff. *eodem ibi*; is, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum ſcripſiſſet, deceſſit inteſtatus; *& deinceps*: ad quem codicillus factus eſt: *Item in* L. 14. pr. ff. eod. *ubi dicitur*: Quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt. *Expreſſius idem evincitur ex* L. alumnæ 30. §. 2. de adim. vel transf. legat., *ubi ICtus notanter ait*: Eodem die codicillos ad heredes ſuos ita ſcripſerat. *Jam uti in* §. 3. *notatum, ex uſu communi loquendi* codicillos ad aliquem ſcribere *idem denotavit, ac* epiſtolam ad aliquem ſcribere (*a*).

§. X.

(*a*) Nemo dubitaverit, veteres quidem codicillos potiſſimum ſcripſiſſe ad modum epiſtolarum, ut vel heredibus, vel legatariis, vel fideicommiſſariis eos inſcriberent. Ergone codicilli in jure non ſecus habendi ſint, quam epiſtolæ ad familiares ſcriptæ? Nollem Boehmerum, quum in jure verſetur, in dialecticam offendere. Præterea non quod potiſſimum vel heredibus, vel legatariis inſcriberentur, colligere licet, non ſecus ſcribi potuiſſe, quam ſervatis hujuſmodi inſcriptionibus, quaſi aliter in jure non valerent; hoc enim nil ineptius dici potuerit. Etenim non inſcriptionibus, ſed juris norma regi debuerant.

§. X.

(IV) Codicilli per modum epiſtolæ fuerunt ſcriptæ.

S*Ed & illud (IV.) non omittendum, codicillos per formam epiſtolæ ad heredem communiter directos fuiſſe. Ut ut enim ante notatum ſit, non ſemper epiſtolas habuiſſe præmiſſam ſalutationem, tamen recte infertur, ubi præmiſſa ſalutatio occurrit, hanc ipſam ſcripturam epiſtolam repræſentare. Hujuſmodi exempla infinita in jure noſtro occurrunt. Ex multis pauca tantum afferam. In* L.35. §.3. de legatis 3. *hæc formula occurrit*: Codicillis confirmatis ita cavit: Tiburtibus municipibus meis, amantiſſimiſque, ſcitis &c. *& in* L.37.§.2. eod.*dicitur*: Deinde codicillos per fideicommiſſum confirmavit, quibus ita cavit: Lucius Titius Sejæ heredi ſuæ, quam pro parte dimidia inſtituit, ſalutem; *& in* L.30. de adim., vel transf. legatis, *ibi*: Heredibus meis ſalutem; *& in* L. ult. ff. de fideic. libert., *ubi ICtus ita*: Deinde codicillis ita cavit: Lucius Titius heredibus primis, & ſubſtitutis ſalutem: *conf.* L.34. §.1. de leg.2. *Si ergo codicilli in forma epiſtolæ ſcripti fuerunt, ſane olim non fuit differentia inter* diſponere per codicillos, *&* per epiſtolam (a).

§.XI.

(*a*) Quoniam, argumentatur Boehmerus, in codicillis ſalutis præfatio adjiciebatur, conſequitur idem fuiſſe *teſtari per codicillos*, *ac teſtari per epiſtolam*: Si quæſtio tantum vertatur de nomine, haud negaverim, utrumque dici potuiſſe; at ſi velis exinde conficere, idem in jure haberi epiſtolas familiares, ac codicillos, prorſus deliraveris. Jus cadit in eos codicillos, ſive epiſtolas, quibus ſuprema defuncti voluntas continetur: quo ſenſu nil commune habent epiſtolæ familiares cum codicillis. Nolim verborum fallacia rerum notiones perverti.

§. XI.

Quare hereditas fideicommissaria, & non directa in codicillis relinquatur?

ET *ex hoc primo conceptu nunc facile constat, cur in codicillis non detur hereditas directa, bene tamen fideicommissaria?* (a) *Ait Justinianus in* pr. Instit. de codicillis, *a Lentulo codicillorum autore fideicommissa quoque originem traxisse; ex quo satis probabile redditur, in ipsis codicillis Lentulum quoque ab Augusto reliquisse fideicommissa. Videlicet quemadmodum epistola præsupponit eum, ad quem sermonem dirigimus, a quo aliquid per literas petimus, quocum agimus; ita itidem codicilli non facere, sed jam heredem præsupponere debuere, quocum testator per codicillos loqueretur, & cui aliquid injungeret; ordinarie enim diriguntur ad heredem: Inde quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum est, nullius momenti esse dicitur in* l. 14. §. 1. de jure codicillorum *ob hanc rationem*, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademtio, & datio tunc vana efficietur, *sicuti in genere epistola effectu caret, si is, ad quem directa est jam decessit. Ast fideicommissa sunt ejusmodi negotium, quod potissimum in epistolis, & codicillis constitui potest. Fiebant olim per rogationes, & serias petitiones, simul-*

(*a*) Exspecta, quæ absurda juris principia inferat Boehmerus ex suis verborum fallaciis.

que hæ ipsæ ad heredem dirigebantur, ut scilicet hereditatem, vel rem singularem restitueret. Ast vero in literis ad tertium scriptis maxime solemus rogare, & petere, vel a tertio aliquid postulare; atque adeo nihil convenientius fuit, quam codicillis fideicommittere. Unde rursus iu jure infinita exempla occurrunt, quæ ostendunt, ejusmodi formulas olim fuisse adhibitas, quales in literis adhiberi solerent (a). *Sic in* l.108. §.13. de leg.1. *occurrit hæc formula*: Te, Titi rogo, fideique tuæ committo; & in l.34. pr. de leg.2. *in hæc verba. Titia ad filium codicillos composuit*: A te autem Maevia filia charissima peto. *Quin & codicillis commendabant heredibus eum, quem fidei*

(*a*) Quæ Boehmerus hic affert tanto verborum ambitu, eo redunt, ut quum codicilli inscriberentur ad modum epistolarum iis, cum quibus testator loqui videatur, factum est ne illis darentur hereditates directæ; sed per fideicommissum: in directis quidem imperativo modo testator se gerit, in fideicommissariis vero precativo; & quoniam epistolis non tam utimur imperativis verbis, quam precativis; hinc est, inquit Boehmerus, in codicillis veluti epistolis non secus hereditatis dationem permissam, ac per fideicommissum, ut mos epistolarum servaretur. Næ hæc numquam excidissent a Grammatico quopiam, ne dicam a Jurisconsulto. Non inquam ex epistolarum formulis juris pendet doctrina, quum sua propria agnoscat principia nata ex rebus ipsis, non ex Rhetorum præceptis. Brevi fideicommissa, uti & codicilli non tam lege, quam moribus descenderant: hereditatis autem datio, tamquam ex lege testamento tantum constare poterat. Ut autem sine expressa legis offensione admitteretur in codicillis testatio universi defuncti patrimonii, oportuit recurrere ad fideicommissorum naturam, quorum potestas moribus quoque confirmata est. Sed vide quæ longius dicta sunt cap.1. nostri comment. §.2. num.2. & 3. Ex illo falso juris principio aberrat quoque Boehmerus a recta expositione relatæ l.14. §.1. de jure codicillorum, cujus interpretationem attulimus cit. cap.1. §.10. num.17.

fideicommisso honorare volebant, *quale exemplum occurrit in* l.34. §.7. ff. de leg.2. *ubi Titia in codicillis cavisse dicitur*: Cajum Sejum virum meum commendo tibi, o filia, cui volo dari &c.; *cujusmodi commendationes iterum sunt proprium literarum negotium*. *Imo sicuti in literis fiduciam*, *quam erga eum*, *cui amice scribimus*, *concepimus*, *solemus demonstrare*; *ita quoque non infrequens erat fideicommissa hoc modo in codicillis relinquere*. *Exempli loco sit* l.37. §.3. de leg.3. *ubi propterea codicillos vocat* epistolam fideicommissariam, *& hac formula utitur*: Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuæ committo, conf. l.39. pr. eodem. *Quæ omnia ulterius illustrant*, *codicillos nihil aliud ab initio fuisse*, *quam meras literas ad heredem scriptas* (a).

§. XII.

Non quævis literæ sunt codicilli.

CUm itaque codicilli certum genus litterarum sint, inde tamen non statim omnes literæ, quibus hereditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, vim hujusmodi codicillorum habere possunt l.17. ff. de jure codicillorum. *Codicilli enim*, *quatenus vim ultimæ voluntatis habere debent*, *debent esse dispositiones*, *hoc est*, *ut heredi præstatio alicujus rei post mortem testatoris in-*

(*a*) Quæ proferuntur ex juris libris exprimunt formulas, quibus veteres uti solerent in fideicommissis; quæ sane precative concipiebantur; sed falso conjicitur, non aliud codicillos jure fuisse, quam epistolas ad heredes scriptas, ut jam ostendimus.

iis injungatur, & sic speciatim exprimatur, quid præstandum sit. Ast ejusmodi literæ generales, de quibus in l. 17. cit. *agitur, non specifice disponunt, non tunc, quando tantum affectus animi exprimitur; quia non statim aliquid in alterum ex patrimonio nostro transferre volumus, erga quem affectum nostrum contestamur; nec tunc, quando hereditas literis promittitur; nam nuda promissio de futura dispositione non est dispositio præsens, nec ex epistola potest quis heres fieri* l. 52. pr. de pact. l. 13. & 14. de probat.

§. XIII.

Codicilli possunt dirigi ad ipsum legatarium, vel fideicommissarium.

I*Llud postremo adhuc notandum est, quod etsi codicilli, seu epistolæ ordinarie dirigantur ad heredem secundum* §. 9., *tamen postea receptum esse, ut etiam potuerint dirigi ad ipsum fideicommissarium, seu legatarium. Elegans decisio hac de re occurrit in* l. 75. pr. ff. de legatis 2., *ubi Papinianus ita:* Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: Scire te, volo donare me tibi aureos octingentos. *Quærebatur, an codicilli hujusmodi valerent; Ratio dubitandi enim erat, quod non essent directi ad heredem, ad quem ratione suæ originis dirigi debebant. Sed nihilominus ICtus decidit deberi: & ne quis putet, hoc singulare esse in testamento militum, ideo addit:* Nec aliud probandum esse in cujuslibet suprema voluntate; placet enim, *per-*

pergit, confiſtere fideicommiſſum, etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur (*a*); *ubi quidem in vulgata editione pro* etſi *legitur* ac ſi; *ſed revera ſanum ſenſum lectio talis non habet* Cujac. lib. 2. obſ. 3., *vel pro* remuneratur *ſubſtituendum eſt* rogat; *ut ſenſus ſit, ita hoc capiendum eſſe, ac ſi teſtator cum illo locutus eſſet, qui precario rogatur.*

§. XIV.

Codicilli ab initio teſtamento confirmabantur.

H*Actenus itaque multiplici ratione evictum eſt, codicillos nihil aliud ratione ſuæ originis fuiſſe, quam literas defuncti ad heredem regulariter ſcriptas, ut ut quandoque poſſint ad legatarium, vel fideicommiſſarium ſcribi. Potiſſimum autem ab initio dirigebantur ad heredem ſcriptum; ſenſim autem introductum eſt, ut etiam ad heredem ab inteſtato dirigi poſſent* l. 16. de jure codicillorum

(*a*) Quod hic affertur ex Papiniano, non codicillorum, ſed fideicommiſſi ſpectat rationem, ut perperam crediderit Boehmerus, hoc repetendum ex epiſtolarum formula, quum æque licuerit codicillos inſcribere vel heredibus, vel legatariis, aut fideicommiſſariis. Porro fideicommiſſa æque valere videbantur, ſi teſtator loqueretur cum herede, vel cum eo, cui fideicommiſſum præſtandum ſit; ideoque ait Papinianus: *placet enim conſiſtere FIDEICOMMISSUM &c.* In fideicommiſſis enim *quæri non oportet* (inquit idem Papinianus l. 77. §. 26. de legatis 2.) *cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur.* Vide quæ diximus cap. 1. noſtri comment. §. 7. n. 6.

lorum (a). *Et quidem quod codicillos ad heredem testamentarium ſcriptos attinet, ſolebant communiter teſtamento confirmari; quem in finem hac formula in teſtamentis utebantur*: Si quos codicillos reliquero valere volo l.56. pr. ff. de fideic. libert., *quemadmodum etiam Lentulus primus codicillorum conditor, illos ſuo teſtamento antecedenter confirmaverat; non tamen talis confirmatio erat abſolutæ neceſſitatis, ſed diſtinguebatur inter codicillos ante, & poſt teſtamentum conditos. Hi confirmatione non indigebant, ſed nihilominus vires ex teſtamento capiebant* l.3. §.2. ff. de jure codicil.; *illi vero olim neceſſario confirmandi erant, ne alias per teſtamentum correcti viderentur* l.5. ff. eodem. *Atque huc reſpexiſſe videtur Plinius ſecundus* lib.2. epiſt.16. *ajens*: Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendos; quia non ſunt confirmati teſtamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum eſt; cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiamſi jure deficerentur, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem codicillos iſtos Aciliani manu ſcriptos. Licet ergo confirmati non ſint teſtamento, a me tamen ut confirmati obſervabuntur. *Sed poſt conſtitutionem Severi, & Antonini hæc neceſſitas confirmandi codicillos remiſſa eſt, modo appareret, eum, qui teſtamen-*

(a) Iterum nugatur, quum in codicillis quoque ab inteſtato *jus epiſtolarum*, ut ita dicam, agnoſcit. Quid autem juris ſit in hujuſmodi codicillis, vide quæ latius dicta ſunt cap.1. noſtri comment. §.7.

mentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse §.1. Instit. de codicillis: conf. Anton. Faber lib. 15. conject. cap. 15. (*a*).

§. XV.

Confirmatio ad quid utilis.

Licet vero confirmatio codicillorum non erat necessitatis, tamen maximam nihilominus habebat utilitatem, ut eo intimius codicilli cum testamento connecterentur, & ita ex codicillis valeret, de quo alias in codicillis disponi non poterat; magis enim pro parte, & accessorio testamenti, quam pro separata dispositione habebantur (a). *Quod ipsum nunc ostendendum, cum inde eo facilius ad metam propositam perveniamus. Sic heres directus in codicillis scribi non potest, quod per manus traditum esse dicitur* in l.10. ff. de jur. codicillorum, *adeo ut talis institutio sit nulla* l.6. pr. eod. §.2. l. eod. *nec pater directo liberis suis hereditatem in illis relinquere possit* l.76. ad S.C. Treb. *Sed quid si testator asse toto non distri-*

(*a*) Quod perturbate profert de codicillorum confirmatione, sive fiant ante, sive post testamentum, frustra hic refellendum arbitramur, quum latius rem omnem exposuerimus cap.1. nostri comment. §.10. & 11.

(*b*) Omnes codicilli ad testamentum pertinentes, tum confirmati, tum non confirmati testamento, veluti illius partes, ac sequela considerantur. Scribebantur autem *legata* in confirmatis, *fideicommissa* dumtaxat in non confirmatis; atque *legata* in codicillis relicta ex testamento valere dicebantur ob eorum confirmationem in testamento factam, scilicet juris fictione, qua videri poterat, ac si relicta essent ipso testamento, cit. cap. 1. §.10.

ſtributo ita caverat : Quem heredem codicillis fecero, heres eſto, *& deinceps in codicillis heredem Titium ſcribat? valebit illa inſtitutio* ideo, *ait ICtus*, quod licet hereditas in codicillis dari non poſſit, tamen hæc ex teſtamento data videtur; ſed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex aſſe reſiduum manſit. *Hoc caſu* (1) *valida eſt heredis inſtitutio in codicillis deſignata, quæ alias per ſe invalida, &* (2) *quidem, ut directo valeat non per modum fideicommiſſi, ut in* l.76. ad S. C. Trebel.; *atque hinc integram portionem accipit, non detracta Trebellianica, quæ alias detrahenda foret, ſi jure fideicommiſſi partem ſuam acciperet.* (3) *Fundamentum deciſionis in eo quæritur, quod quia codicilli* ſpecifice *antecedenter confirmati ſint, & teſtator eo ipſo ſe ad illos referat, non tam in codicillis, quam in teſtamento hereditas data videatur. Ex quo ipſo evincitur, ſpecialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis diſponitur, pro eo habendum ſit, ac ſi in teſtamento diſpoſitum eſſet* (a).

§. XVI.

Confirmationis codicillorum in teſtamento factæ utilitas ulterius oſtenditur.

S*Imile exemplum occurrit* in l.10. ff. de conditionibus inſtitutionum, *ubi ICtus hanc inſtitutionem factam in te-*

(a) Loquitur de l.77. de heredibus inſtituendis, quam perperam interpretatur. Vide quæ latius dicta ſunt in noſtra diſput. conſectaria §.2. n.3., & ſeq.

testamento valere ait: Si servum heredem codicillis scripsero, heres esto, vel cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, *cum videatur in testamento facta, quod se ad futuros codicillos refert* (*a*). *Ex eodem fundamento ICtus in* L. 38. ff. de conditionibus, & demonstrationibus *aliam format conclusionem ejens*: Si ita scripsero, quantum codicillis Titio legavero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet. *Quare autem legatum ex codicillis non valet? quia scilicet testator antecedenter codicillos confirmavit, & se per expressum ad illos retulit, ut adeoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat* (*b*). *Hactenus quidem exempla adducta sunt, ubi* specifice *confirmati sunt futuri codicilli; ceterum si generalis sit confirmatio, idem dicendum esse videtur per* L. 36. pr. de testam. milit., *ubi ICtus ita disponit*: Militis codicillis ad testamentum factis (*hoc est per testamentum confirmatis* (*c*)) etiam hereditas jure videtur dari: quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit. *Neque vero quis putet, hic singulare privilegium mili-*

Mm *tum*

(*a*) Exposuimus hanc legem loco cit.

(*b*) Hoc est aperte calumniari ipsam legis sententiam, qua ideo valere dicitur legatum ex testamento, quod eo revera datum videbatur, licet illius quantitas codicillis explicetur. Vide quae diximus cit. disput. consectaria §.2. n.7. & seq.

(*c*) Male inquam interpretatur *ad testamentum factis* pro confirmatis testamento. Palam est ex libris juris, per codicillos ad testamentum factos, sive pertinentes significari eos, qui non sunt facti ab intestato, sive quod sint testamenti appendices, ac sequela. Contra *confirmati testamento* dicebantur, quos testator testamento comprobaverat. Vide cap. 1. nostri comment. §.6. n.1.

tum occurrere (a), quasi illi ex privilegio possint in codicillis heredes directo scribere; nam id quidem doceri nequit (b); sed quod codicilli testamento confirmati sint; & ita heredis institutio ad testamentum praecedens referri debeat (c).

§. XVII.

Ulterius id illustratur.

N*Ovam conclusionem ex hisce fundamentis producit Ulpianus in* L. 3. pr. de testam. tut., *ubi dicit*: Testamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. *Pro testamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecedenter confirmatis scriptus est, quoniam in testamento datus videtur, ex quo inferunt*: confirmata quod fit in dispositione, censetur fieri in confirmante. *Gothofred. in* not. ad cit. L. lit. K. *Atque ad hunc casum nunc refero regulam juris vulgatam*: quae-

(a) Miror, a Boehmero negari, quod nedum ex aliis juris locis, sed vel ex hoc ipso aperte apparet.

(b) Nisi prorsus caecutiveris. Ex integro titulo Pandectarum de testamento militis, placet tantum referre, quod Ulpianus tradit ex Principum constitutionibus in l. 1. *Sequutus animi mei integritudinem erga optimos, fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam NUDA VOLUNTAS TESTATORIS.* An, putaverit Boehmerus, testamenta quidem facere potuisse, quomodo voluerint, vel potuerint, non item codicillos?

(c) Pudet refellere, quod cuique patet.

quæcumque in codicillis scribuntur, perinde habentur; acsi in testamento scripta essent. l.2. §.2. de jure codicillorum, *quod de aliis, quam testamento antecedente confirmatis intelligi nequit, uti hactenus exempla allata evincunt. Idem repetitur in* l.14. ff. eod.: codicilli pro parte testamenti habentur, *quod itidem de codicillis, ad quos testamentum mediante confirmatione se refert, est intelligendum; nam alioquin quoque heredis institutio directa in codicillis designata valeret, modo testamentum ad sset, ut ut illud se ad codicillos haud referret. Id quod incongruum esse videtur; & licet prædicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat ut plurimum; quia ut plurimum in testamentis solebant confirmari (a).*

§. XVIII.

Removetur dubium.

E*Quidem contra hæc, quæ hactenus asserta sunt, objici posset: quod licet confirmatio expressa deficiat, tamen illa semper subintelligatur, & tacite inesse videatur per* l.3. §.2. ff. de jure codicillorum, *ubi ICtus expresse ait*: Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. *Verum ICtus illud tantum evincit, codicillos non confirmatos nihilominus subsistere, & validitatem ex testamento consequi,*

 ita

(*a*) Limpidam juris doctrinam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis exposuimus cap. 1. nostri comment. §.10., ut frustra hic ea repetenda videatur.

ita ut hoc valente, illi quoque valeant, vel, ut dicit Paulus in L. 16. in fin. eodem: jus sequuntur testamenti, *hoc scilicet praesupposito, ut de tali materia illic fuerit dispositum, quae ad codicillos quadrat, veluti, si legatum, si fideicommissum relictum sit: Aliud ergo est*, an codicilli non confirmati valeant ex testamento? *Id quod affirmatur, ut ut quod ita debeatur, non tamquam ex testamento, sed tantum ex codicillis peti debeat: & aliud an id, quod in codicillis hisce dispositum est, valeat, perinde ac si in testamento esset scriptum? quod negatur; atque ita tutoris datio, heredis institutio &c. in hujusmodi codicillis data, non subsistit, quae subsistere deberet, si regula in* §. *antecedenti adducta ad hunc quoque casum pertineret*. Clarius *declarat Paulus hoc ipsum in* L. 5. §. 14. de his, quae ut indign. auf., *ubi ait*: Qui principale testamentum arguit, repellitur quoque a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. *Ratio consequentiae haec est; quia enim codicilli valorem suum ex testamento habent, licet sint dispositio separata, tamen ex ipso, quo quis testamentum impugnat, impugnat simul codicillos, qui ex testamento valent. Breviter codicilli non confirmati separatam quidem dispositionem constituunt, sed tamen validitatem suam ex testamento antecedente consequuntur: Confirmati vero plane testamentis inesse creduntur, ut quicquid in iis scriptum sit, in testamento scriptum credatur* (a).

§. XIX.

(*a*) Vide quae latius diximus loco cit.

§. XIX.

Olim in codicillis ad testamentum factis non requirebantur testes.

UT vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati jus testamenti sequantur, & ex eo validitatem capiant, deveniendum nunc est ad illud ipsum, de quo principaliter hac disputatione agendum est, ut tamen quæ dicta sunt, præmitti debuerint, quia sequentia alias sine his non recte intelligi possunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati sequebantur jus testamentorum, ut nullam plane solemnitatem propriam, & sic nec testes desiderarent, sed potius omnem virtutem suam ex testamentis traherent (a). Quod

(a) Confundit hic principio Boehmerus juris regulam omnibus codicillis communem, factis tamen ad testamentum, sive confirmatis, sive non confirmatis cum solemnitatis notione. Ait ergo eos olim propria solemnia non habuisse, sed solemnes ex testamento censeri; quum vires ex eo caperent, illiusque jus sequerentur. Verum haud animadvertit, quid illud revera esset, *vires capere ex testamento, jus sequi illius*, quidve solemnium nomine in jure veniat. Quod ad primum attinet, codicilli ad testamentum facti ideo sequi dicuntur *jus testamenti*, ac *vires ex eo capere*, quod veluti illius appendices nequeunt consistere, nisi & testamentum constiterit; pars enim sine toto stare nequit; adeo ut rupto, irrito facto testamento, statim & codicilli evanescant, cap. 1. nostri comment. §. 9. Quod vero solemnia spectat, jam vidimus apud veteres solemnes omnino non fuisse; non modo quod propria non haberent solemnia, sed nec solemnes umquam considerates ex solemnitate testamentorum; hoc enim expresso juri, ac rationi repugnat. Vide quæ late diximus in nostra disput. consectaria. §. 3.

Quod recte animadvertit Bachovius ad f. tit. de fideic. heredit. §. ult. verbo qui in fideicommissis. *Constat id ipsum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epistolarum, quippe quas codicilli, ut hactenus evictum est, constituunt. Incongruum sane foret, testes epistolis adhibere, quippe quae ex natura sua propria sola scribentis voluntate per se contentae sunt, nec ullam solemnitatem desiderant* (a). *Et inde est, quod in toto Digestorum jure haud legamus, umquam desideratum fuisse, ut testes in codicillis adhiberentur, id quod si eo tempore necessarium fuisset, vel saltem in unico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuisset, id quod tamen factum non est.* In *Codice contra saepius testium fit mentio, licet rariores ibidem de codicillis textus occurrant, quia ibidem novum jus constitutum est* (b).

§. XX.

Probatur id ipsum porro ex origine codicillorum.

P*Robatur id ipsum ulterius ex prima codicillorum origine. Notum est, quod ICti, quos Augustus pro usu codi-*

(*a*) Iterum hallucinatur quum non distinguit *solemnem testium praesentiam* ab illa *testium adhibitione*, quae nudam tantum voluntatis spectat probationem; primam quidem codicilli non exigebant, non item alteram; nam non recte conficitur, ideo testes codicillis non adfuisse, quod propria non haberent solemnia; solemnem enim testium praesentiam praescriptus eorum numerus facit. Nec refert, epistolarum nomine eos interdum in libris juris appellari, ut idcirco testes iis non adfuerint. Sed vide quae hanc in rem plenius notavimus cap. 1. nostri comment. §. 3.

(*b*) Hujusmodi conjecturae occurritur cit. cap. 1. §. 3. num. 4. & seq.

codicillorum introducendo in consilium advocaverat, *maxime hac moti fuerint ratione*, *ut Augusto autores fierent de approbandis codicillis*, *quod scilicet* utilissimum, & necessarium *hoc civibus fore crederent propter magnas*, *& longas peregrinationes*, *in quibus eis non semper integrum esset ob defectum testium condere testamentum*, *ut tamen hac ratione codicillos facere possent* pr. Inst. de codicillis. *Revera itaque peregrinantibus non fuisset consultum*, *si quinque testes statim ab initio adhibendi fuissent*, *cum rarius accidat*, *ut peregrinantes quinque testium*, *& quidem civium Romanorum*, *qui olim erant necessarii*, *copiam habere potuerint*. *Ergo probabiliter inde concluditur*, *ideo hoc in commodum peregrinantium esse introductum*; *quia ita absque testibus disponerent per solas literas*, *quæ ex se*, *& sua natura testes non admittunt* (a). *Huc respexit Paulus in* L. 8. §. 2. ff. de jure codicillorum, *ajens*: Codicilli toties valent, quoties quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si jure testamenti factionem habuit. *Quod si itaque sufficientium testium facultatem non ha-*

(*a*) Perperam ex una re in alteram pene diversam argumentatur. Peregrinantium quidem utilitatis satis prospexerunt Prudentes, quum codicillos non solemnes admitterent; at nulla caussa est, cur testium præsentia, & quidem præter cives Romanos, non desideraretur probationis caussa. Non ergo quod testium numerus non esset præscriptus, nec necessaria videretur adhibitio testium civium Romanorum, colligere poterat Boehmerus, nullos omnino testes iis adfuisse.

habeat testator, poterat disponere codicillis, quippe qui nullos testes desiderarent, ut adeoque toties potissimum codicilli adhiberentur, quoties testator testium copia destitueretur. In hoc enim necessitas, & utilitas versatur, de qua antea Imperator loquutus erat, quod propter illum usus codicillorum ab Augusto esset approbatus (a).

§. XXI.

Probatur id porro ex L.89. principio de legatis 2.

U*Lterius id ipsum liquido probatur ex* L.89. pr. ff. de legatis 2., *ex qua casus talis potest deduci. Titius testamento filium, & uxorem heredes instituerat, simulque in eo significaverat, si quid obsignatum reliquisset, jure codicillorum valeret. Postea epistolam scribebat, qua quicquid filius in peculio habuit, ei donavit, & adjecit, pracipua hac eum, suique juris, & post mortem habere velle; sed tamen hac epistola non erat obsignata; unde dubitatum fuit*

(*a*) Non video, quid Boehmerus sibi velit ex hac Pauli sententia. Exponit Consultus, quemadmodum quis dicatur factionem codicillorum habere; atque ait eum facere posse codicillos, qui & testamenti factionem habeat, sive qui jure ad testationem admittitur. Non autem addit, hoc ita intelligendum, quasi eo tempore, quo scriberet codicillos, testamenti factionem eatenus habere videatur, ut præsto sit solemnis testium numerus; nam testamenti factio non ad testium refertur adhibitionem, sed ad juris præscriptum, quo testandi facultas alicui permittatur. Ergone Paulus affirmare intellexit nullam testium præsentiam in codicillis adesse debere? Quid quæso commune habet Pauli sententia cum quæstione de testium adhibitione in codicillis?

fuit, an quæ epistolà continentur, ad filium pertinerent? Respondit ICtus: Si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in ea dare se velle significavit. *Hic totam rationem decidendi quærit ICtus in fide epistolæ, si scilicet certum sit eandem a defuncto ad heredem emissam esse: quæ ratio sane esset absona, & frivola, si testium sufficienti numero fuisset instructa; quia ita ex testium subscriptione satis de fide epistolæ constitisset. At vero cum testes non adhiberentur, hinc sæpe dubitari poterat de fide codicillorum, vel epistolæ* (a).

Item ex L. 88. §. 17. de Legatis 2.

A*Tque huc quoque refero illius Lucii Titii testamentum, de quo mentio fit in* L. 88. §. 17. de legatis 2., *ubi dicit, se hoc testamentum suum scripsisse* sine ullo juris perito, rationem animi sui potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentiam, & si minus aliquid legitime, minusve perite fecisset, pro jure legitimo haberi debere hominis sani voluntatem. *Sane nimia illa, & misera diligentia potissimum in testium numero consistebat, quem neglexerat Lucius Titius, & cum unice suam voluntatem pro fundamento posuerat, & ex ea dispositionem valere volebat, non ex testium numero ipsa valere potuisset, qui probabiliter non adfuerunt. Atque tamen hanc dispositio-*

(a) Tantum abest, ut ex hac Consulti sententia ostendatur nullos codicillis testes adhibitos, quin contrarium omnino probatur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. 7., & seq.

tionem valere ICtus ait, quia ex mente ejus codicilli poterant induci (a).

Ulterior probatio deducitur ex L. 77. §. 23. de legatis 2.

IDem *porro evincitur ex* L. 77. §. 23. ff. de legatis 2. *ubi filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data* cum jurisjurandi religione *præstare rogaverat: quærebatur, an cum testamentum* nullo jure *factum esset, tamen subsistere propter adjurationem accedentem? Quod affirmatur*; Nam, *ait ICtus*, enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbuntur: *Hic unice fundamentum ICtus quærit in enixissima voluntate per adjurationem declarata, unde animus codicillos faciendi etiam colligi posset, neutiquam vero ex quinque testium numero decisio desumitur, cum probabile satis sit, testes nullos in ea specie fuisse adbibitos* (b).

§. XXII.

(*a*) Hujusmodi species, quæ a Scævola refertur, eo pertinet, ut licet testamentum veluti injustum nullius momenti esset, transformata est tamen voluntas in eo declarata in codicillos ab intestato. Ejus quidem rationem plenius attigimus cap. 1. nostri comment. §. 8. n. 2., ut propterea hic non sit repetenda. Ceterum quod attinet ad Boehmeri argumentationem, non recte colligit, ideo nullos testes in ea voluntate adhibitos, quod non jure facta diceretur. Deerat fortasse solemnis testium numerus in testamentis præscriptus; at hoc non efficit, defuisse quoque testium adhibitionem pro voluntatis probatione.

(*b*) Idem repetimus in hac specie, quod de altera jam diximus. Dubitabatur porro, an injustę tabulæ converti possent in codicillos ab intestato. Numquam contendimus, in hujusmodi facti speciebus intercessisse *solemnem quinque testium numerum*; hoc enim retulimus ad Theodosii constitutio-

§. XXII.

Removetur dubium ex L. 8. §. 4. ff. de ure codicillorum.

SED *removendum est aliquod dubium, quod posset contra hanc doctrinam moveri ex* L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum, *ubi ICtus ait*: Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli quaeritur; quoniam testamentum jure communi valet, nisi militiae tempore signaverit, vel quaedam adjecerit (*hoc enim facto potuisset etiam testamentum valere jure militari*) *Respondet ICtus*: Certe codicilli militiae tempore facti, non debent referri ad testamentum, sed jure militari valent. *Ex hoc textu colligitur, potuisse etiam codicillos jure militari valere* (a); *jam in eo potissimum inter dispositionem juris communis, & militarem quaerenda differentia; quod illa testium sufficientem numerum, haec nullos testes desiderat, atque adeo codicilli militares ab illis, qui secundum jus commune facti erant, in eo olim hanc differentiam agnovisse videntur, quod illi te-*

nem, ut nil ineptius, quam in veterum Jurisconsultorum sententiis quaerere, an solemnia in codicillis adhiberentur; quum aperto jure constet, nullam prorsus solemnitatem eos desiderasse. Quod ergo non fuerint solemnes, non recte conficitur, nullos propterea testes adfuisse; diversa enim sunt solemnis testium praesentia a simpliciori illorum adhibitione, qua voluntatis probationi consuleretur. Expositionem autem hujus legis sententiae suo loco monuimus cit. cap. 1. §. 8. n. 2.

(a) Suavis profecto est hujusmodi conjectio, quasi dubitari posset, an codicilli umquam constiterint jure militari.

tum occurrere (a), *quasi illi ex privilegio possint in codicillis heredes directo scribere*; *nam id quidem doceri nequit* (b); *sed quod codicilli testamento confirmati sint*; & *ita heredis institutio ad testamentum praecedens referri debeat* (c).

§. XVII.

Ulterius id illustratur.

N*Ovam conclusionem ex hisce fundamentis producit Ulpianus in* L. 3. pr. de testam. tut., *ubi dicit*: Testamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. *Pro testamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecedenter confirmatis scriptus est, quoniam in testamento datus videtur, ex quo inferunt*: confirmata quod fit in dispositione, censetur fieri in confirmante. *Gothofred. in* not. ad cit. L. lit. K. *Atque ad hunc casum nunc refero regulam juris vulgatam*: quæ-

(a) Miror, a Boehmero negari, quod nedum ex aliis juris locis, sed vel ex hoc ipso aperte apparet.

(b) Nisi prorsus cæcutiveris. Ex integro titulo Pandectarum de testamento militis placet tantum referre, quod Ulpianus tradit ex Principum constitutionibus in l. 1. *Secutus animi mei integritudinem erga optimos, fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam NUDA VOLUNTAS TESTATORIS.* An, putaverit Boehmerus, testamenta quidem facere potuisse, quomodo voluerint, vel potuerint, non item codicillos?

(c) Pudet refellere, quod cuique patet.

quæcumque in codicillis ſcribuntur, perinde habentur; acſi in teſtamento ſcripta eſſent. l.2. §.2. de jure codicillorum, *quod de aliis, quam teſtamento antecedente confirmatis intelligi nequit, uti hactenus exempla allata evincunt. Idem repetitur in* l.14. ff. eod.: codicilli pro parte teſtamenti habentur, *quod itidem de codicillis, ad quos teſtamentum mediante confirmatione ſe refert, eſt intelligendum; nam alioquin quoque heredis inſtitutio directa in codicillis deſignata valeret, modo teſtamentum adſſet, ut ut illud ſe ad codicillos haud referret. Id quod incongruum eſſe videtur; & licet prædicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat ut plurimum; quia ut plurimum in teſtamentis ſolebant confirmari* (*a*).

§. XVIII.

Removetur dubium.

E*Quidem contra hæc, quæ hactenus aſſerta ſunt, objici poſſet: quod licet confirmatio expreſſa deficiat, tamen illa ſemper ſubintelligatur, & tacite ineſſe videatur per* l.3. §.2. ff. de jure codicillorum, *ubi ICtus expreſſe ait:* Teſtamento facto, etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient. *Verum ICtus illud tantum evincit, codicillos non confirmatos nihilominus ſubſiſtere, & validitatem ex teſtamento conſequi,* ita

(*a*) Limpidam juris doctrinam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis expoſuimus cap. 1. noſtri comment. §.10., ut fruſtra hic ea repetenda videatur.

ita ut hoc valente, illi quoque valeant, vel, ut dicit Paulus in L. 16. in fin. eodem: jus sequuntur testamenti, *hoc scilicet præsupposito, ut de tali materia illic fuerit dispositum, quæ ad codicillos quadrat, veluti, si legatum, si fideicommissum relictum sit: Aliud ergo est*, an codicilli non confirmati valeant ex testamento? *Id quod affirmatur, ut ut quod ita debetur, non tamquam ex testamento, sed tantum ex codicillis peti debeat: & aliud an id, quod in codicillis hisce dispositum est, valeat, perinde ac si in testamento esset scriptum? quod negatur; atque ita tutoris datio, heredis institutio &c. in hujusmodi codicillis data, non subsistit, quæ subsistere deberet, si regula in* §. *antecedenti adducta ad hunc quoque casum pertineret*. Clarius *declarat Paulus hoc ipsum in* L. 5. §. 14. de his, quæ ut indign. auf., *ubi ait*: Qui principale testamentum arguit, repellitur quoque a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. *Ratio consequentiæ hæc est; quia enim codicilli valorem suum ex testamento habent, licet sint dispositio separata, tamen ex ipso, quo quis testamentum impugnat, impugnat simul codicillos, qui ex testamento valent. Breviter codicilli non confirmati separatam quidem dispositionem constituunt, sed tamen validitatem suam ex testamento antecedente consequuntur: Confirmati vero plane testamentis inesse creduntur, ut quicquid in iis scriptum sit, in testamento scriptum credatur* (a).

§. XIX.

(*a*) Vide quæ latius diximus loco cit.

§. XIX.

Olim in codicillis ad testamentum factis non requirebantur testes.

UT vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati jus testamenti sequantur, & ex eo validitatem capiant, deveniendum nunc est ad illud ipsum, de quo principaliter hac disputatione agendum est, ut tamen quae dicta sunt, praemitti debuerint, quia sequentia alias sine his non recte intelligi possunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati sequebantur jus testamentorum, ut nullam plane solemnitatem propriam, & sic nec testes desiderarent, sed potius omnem virtutem suam ex testamentis traherent (a). *Quod*

(a) Confundit hic principio Boehmerus juris regulam omnibus codicillis communem, factis tamen ad testamentum, sive confirmatis, sive non confirmatis cum solemnitatis notione. Ait ergo eos olim propria solemnia non habuisse, sed solemnes ex testamento censeri; quum vires ex eo caperent, illiusque jus sequerentur. Verum haud animadvertit, quid illud revera esset, *vires capere ex testamento*, *jus sequi illius*, quidve solemnium nomine in jure veniat. Quod ad primum attinet, codicilli ad testamentum facti ideo sequi dicuntur *jus testamenti*, ac *vires ex eo capere*, quod veluti illius appendices nequeunt consistere, nisi & testamentum constiterit; pars enim sine toto stare nequit; adeo ut rupto, irrito facto testamento, statim & codicilli evanescant, cap. 1. nostri comment. §. 9. Quod vero solemnia spectat, jam vidimus apud veteres solemnes omnino non fuisse; non modo quod propria non haberent solemnia, sed nec solemnes umquam considerates ex solemnitate testamentorum; hoc enim expresso juri, ac rationi repugnat. Vide quae late diximus in nostra disput. confectaria, §. 3.

Quod recte animadvertit Bachovius ad f. tit. de fideic. hereditit. §. ult. verbo qui in fideicommissis. *Constat id ipsum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epistolarum, quippe quas codicilli, ut hactenus evictum est, constituunt. Incongruum sane foret, testes epistolis adhibere, quippe quae ex natura sua propria sola scribentis voluntate per se contentae sunt, nec ullam solemnitatem desiderant* (a). *Et inde est, quod in toto Digestorum jure haud legamus, umquam desideratum fuisse, ut testes in codicillis adhiberentur, id quod si eo tempore necessarium fuisset, vel saltem in unico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuisset, id quod tamen factum non est.* In *Codice contra saepius testium fit mentio, licet rariores ibidem de codicillis textus occurrant, quia ibidem novum jus constitutum est* (b).

§. XX.

Probatur id ipsum porro ex origine codicillorum.

P*Robatur id ipsum ulterius ex prima codicillorum origine. Notum est, quod ICti, quos Augustus pro usu codi-*

(*a*) Iterum hallucinatur quum non distinguit *solemnem testium praesentiam* ab illa *testium adhibitione*, quae nudam tantum voluntatis spectat probationem; primam quidem codicilli non exigebant, non item alteram; nam non recte conficitur, ideo testes codicillis non adfuisse, quod propria non haberent solemnia; solemnem enim testium praesentiam praescriptus eorum numerus facit. Nec refert, epistolarum nomine eos interdum in libris juris appellari, ut idcirco testes iis non adfuerint. Sed vide quae hanc in rem plenius notavimus cap. I. nostri comment. §. 3.

(*b*) Hujusmodi conjecturae occurritur cit. cap. I. §. 3. num. 4. & seq.

codicillorum introducendo in consilium advocaverat, *maxime hac moti fuerint ratione, ut Augusto autores fierent de approbandis codicillis*, *quod scilicet* utilissimum, & necessarium *hoc civibus fore crederent propter magnas*, *& longas peregrinationes*, *in quibus eis non semper integrum esset ob defectum testium condere testamentum*, *ut tamen hac ratione codicillos facere possent* pr. Inst. de codicillis. *Revera itaque peregrinantibus non fuisset consultum*, *si quinque testes statim ab initio adhibendi fuissent*, *cum rarius accidat*, *ut peregrinantes quinque testium*, *& quidem civium Romanorum*, *qui olim erant necessarii*, *copiam habere potuerint*. *Ergo probabiliter inde concluditur*, *ideo hoc in commodum peregrinantium esse introductum*; *quia ita absque testibus disponerent per solas literas*, *quae ex se*, *& sua natura testes non admittunt* (a). *Huc respexit Paulus in* L. 8. §.2. ff. de jure codicillorum, *ajens*: Codicilli toties valent, quoties quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si jure testamenti factionem habuit. *Quod si itaque sufficientium testium facultatem non habuit*

(*a*) Perperam ex una re in alteram pene diversam argumentatur. Peregrinantium quidem utilitatis satis prospexerunt Prudentes, quum codicillos non solemnes admitterent; at nulla caussa est, cur testium praesentia, & quidem praeter cives Romanos, non desideraretur probationis caussa. Non ergo quod testium numerus non esset praescriptus, nec necessaria videretur adhibitio testium civium Romanorum, colligere poterat Boehmerus, nullos omnino testes iis adfuisse.

habeat testator, poterat disponere codicillis, quippe qui nullos testes desiderarent, ut adeoque toties potissimum codicilli adhiberentur, quoties testator testium copia destitueretur. In hoc enim necessitas, & utilitas versatur, de qua antea Imperator loquutus erat, quod propter illum usus codicillorum ab Augusto esset approbatus (a).

§. XXI.

Probatur id porro ex L.89. principio de legatis 2.

ULterius id ipsum liquido probatur ex L.89. pr. ff. de legatis 2., *ex qua casus talis potest deduci. Titius testamento filium, & uxorem heredes instituerat, simulque in eo significaverat, si quid obsignatum reliquisset, jure codicillorum valeret. Postea epistolam scribebat, qua quicquid filius in peculio habuit, ei donavit, & adjecit, præcipua hæc eum, suique juris, & post mortem habere velle; sed tamen hæc epistola non erat obsignata; unde dubitatum fuit*

(a) Non video, quid Boehmerus sibi velit ex hac Pauli sententia. Exponit Consultus, quemadmodum quis dicatur factionem codicillorum habere; atque ait eum facere posse codicillos, qui & testamenti factionem habeat, sive qui jure ad testationem admittitur. Non autem addit, hoc ita intelligendum, quasi eo tempore, quo scriberet codicillos, testamenti factionem eatenus habere videatur, ut præsto sit solemnis testium numerus; nam testamenti factio non ad testium refertur adhibitionem, sed ad juris præscriptum, quo testandi facultas alicui permittatur. Ergone Paulus affirmare intellexit nullam testium præsentiam in codicillis adesse debere? Quid quæso commune habet Pauli sententia cum quæstione de testium adhibitione in codicillis?

fuit, an quæ epistolâ continentur, ad filium pertinerent? Respondit ICtus: Si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in ea dare se velle significavit. *Hic totam rationem decidendi quærit ICtus in fide epistolæ, si scilicet certum sit eandem a defuncto ad heredem emissam esse: quæ ratio sane esset absona, & frivola, si testium sufficienti numero fuisset instructa; quia ita ex testium subscriptione satis de fide epistolæ constitisset. At vero cum testes non adhiberentur, hinc sæpe dubitari poterat de fide codicillorum, vel epistolæ* (a).

Item ex L. 88. §. 17. de Legatis 2.

A*Tque huc quoque refero illius Lucii Titii testamentum, de quo mentio fit in* L. 88. §. 17. de legatis 2., *ubi dicit, se hoc testamentum suum scripsisse* sine ullo juris perito, rationem animi sui potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentiam, & si minus aliquid legitime, minusve perite fecisset, pro jure legitimo haberi debere hominis sani voluntatem. *Sane nimia illa, & misera diligentia potissimum in testium numero consistebat, quem neglexerat Lucius Titius, & cum unice suam voluntatem pro fundamento posuerat, & ex ea dispositionem valere volebat, non ex testium numero ipsa valere potuisset, qui probabiliter non adfuerunt. Atque tamen hanc dispositio-*

(a) Tantum abest, ut ex hac ICti Consulti sententia ostendatur, nullos codicillis testes adhibitos, quin contrarium omnino probatur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. 7., & seq.

tionem valere ICtus ait, quia ex mente ejus codicilli poterant induci (a).

Ulterior probatio deducitur ex L.77. §.23. de legatis 2.

IDem porro evincitur ex L.77. §.23. ff. de legatis 2. *ubi filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data* cum jurisjurandi religione *præstare rogaverat: quærebatur, an cum testamentum* nullo jure *factum esset, tamen subsistere propter adjurationem accedentem? Quod affirmatur*; Nam, *ait ICtus*, enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbuntur: *Hic unice fundamentum ICtus quærit in enixissima voluntate per adjurationem declarata, unde animus codicillos faciendi etiam colligi posset, neutiquam vero ex quinque testium numero decisio desumitur, cum probabile satis sit, testes nullos in ea specie fuisse adhibitos* (b).

§.XXII.

(*a*) Hujusmodi species, quæ a Scævola refertur, eo pertinet, ut licet testamentum veluti injustum nullius momenti esset, transformata est tamen voluntas in eo declarata in codicillos ab intestato. Ejus quidem rationem plenius attigimus cap.1. nostri comment. §.8. n.2., ut propterea hic non sit repetenda. Ceterum quod attinet ad Boehmeri argumentationem, non recte colligit, ideo nullos testes in ea voluntate adhibitos, quod non jure facta diceretur. Deerat fortasse solemnis testium numerus in testamentis præscriptus; at hoc non efficit, defuisse quoque testium adhibitionem pro voluntatis probatione.

(*b*) Idem repetimus in hac specie, quod de altera jam diximus. Dubitabatur porro, an injuste tabulæ converti possent in codicillos ab intestato. Numquam contendimus, in hujusmodi facti speciebus intercessisse *solemnem quinque testium numerum*; hoc enim retulimus ad Theodosii constitutio-

§. XXII.

Removetur dubium ex L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum.

SED *removendum est aliquod dubium, quod posset contra hanc doctrinam moveri ex* L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum, *ubi ICtus ait*: Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli quaeritur; quoniam testamentum jure communi valet, nisi militiae tempore signaverit, vel quaedam adjecerit (*hoc enim facto potuisset etiam testamentum valere jure militari*) *Respondet ICtus*: Certe codicilli militiae tempore facti, non debent referri ad testamentum, sed jure militari valent. *Ex hoc textu colligitur, potuisse etiam codicillos jure militari valere* (a); *jam in eo potissimum inter dispositionem juris communis, & militarem quaerenda differentia; quod illa testium sufficientem numerum, haec nullos testes desiderat, atque adeo codicilli militares ab illis, qui secundum jus commune facti erant, in eo olim hanc differentiam agnovisse videntur, quod illi te-*

nem, ut nil ineptius, quam in veterum Jurisconsultorum sententiis quaerere, an solemnia in codicillis adhiberentur; quum aperto jure constet, nullam prorsus solemnitatem eos desiderasse. Quod ergo non fuerint solemnes, non recte conficitur, nullos propterea contestes adfuisse; diversa enim sunt solemnis testium praesentia a simpliciori illorum adhibitione, qua voluntatis probationi consuleretur. Expositionem autem hujus legis sententiae suo loco monuimus cit. cap. 1. §. 8. n. 2.

(*a*) Suavis profecto est hujusmodi conjectio, quasi dubitari posset, an codicilli umquam constiterint jure militari.

testes, hi nullos desiderent (a). *Verum in eo quaesivisse ICtum diversitatem colligitur ex ipsa decisione: videlicet codicilli jus testamentorum sequuntur, & validitatem ex testamento habent. Quod si ergo post testamentum rumpatur, vel aliter infirmetur, codicilli quoque subvertuntur. Ast vero hoc ipsum non contingere in hujusmodi codicillis militaribus ICtus ait; quippe qui se non necessario ad testamentum praecedens referunt, ut inde vires capiant, sed proprio jure subsistunt, jure scilicet militari. Unde a legatis, & fideicommissis in illis relictis non detrahitur Falcidia, vel Trebellianica, & testamento licet vel maxime ex post facto infirmato, adhuc subsistunt. Unice ergo in eo* κρινόμενον *erat, an tales codicilli se ita referrent ad testamentum, ut ejus jus sequerentur? quod negatur.*

§. XXII.

(*a*) Ridicula prorsus dubitatio. Nec codicilli facti jure communi, nec militari solemnes habebantur, ideoque haud desiderabant praescriptum numerum testium, quum lex solemnia iis non constituerit. Verum ea testium adhibitio, qua voluntas constaret, aeque in unis, ac in alteris necessario exigebatur; quin Paulus L. 40. de testamento militis aperte desiderat probationes legitimas in testationibus militum: *Militibus*, inquit, *quoquo modo velint, & quomodo possunt, testamentum facere concessum esse* (quod ait de testamentis intelligendum est quoque de codicillis, quum quantum ad juris effectus inter se se non differant) *ita tamen, ut ita subsequutum esse LEGITIMIS PROBATIONIBUS ostendatur*. Ineptum ergo est quaerere discrimen quantum ad voluntatis probationem inter codicillos de jure communi, ac militari, quum probatio voluntatis aeque in unis, ac alteris legitime constare debuerat.

§. XXIII.

In codicillis ab inteſtato etiam nulli teſtes olim neceſſarii erant.

Atque hoc quidem planum eſſe videtur in codicillis ad teſtamentum factis; gravior difficultas eſt de codicillis abſolutis, teſtamento nullo extante; quia hic jure Digeſtorum nondum determinatum reperio, utrum olim etiam hic teſtes neceſſarii fuerint, necne? (a) *Hujuſmodi codicillorum mentio injicitur in L.* 16. *ff.* de jure codicillorum, *in qua tamen lege hoc aſſeritur*, quod tales codicilli nihil deſiderent, ſed vicem teſtamenti exhibeant; *quorum verborum non hic ſenſus eſt, quaſi tales codicilli ſolemnia teſtamentorum ordinaria ad ſui ſubſiſtentiam requirant, alioquin non amplius codicilli, ſed teſtamentum perfectum forent. Verum comparatio codicillorum cum teſtamento hic tantum* ſecundum quid *inſtituitur, hoc ſenſu, quod ſicuti teſtamentum per ſe ſubſiſtat, nec alterius adjumento ad ſui validitatem indigeat; ita etiam tales codicilli abſoluti hoc intuitu vicem teſtamenti exhibeant, & jure proprio ſubſiſtant. Et hac ratione in cit. L* 16. nihil aliud deſiderare *dicuntur, hoc eſt nec teſtamentum antecedaneum, nec teſtes. Nam cum etiam tales codicilli pro epiſtola ad heredem ab inteſtato ſcripta haberi debeant, hæc vero per ſe nullos teſtes requirat, & præterea*

(a) Nihil apertius jure Pandectarum, quam nulla juris ſolemnia codicillis adſcripta; quod ſane omnia codicillorum genera complectitur, ſive ad teſtamentum facta, ſive ab inteſtato. Sed quemadmodum exinde non recte conjicitur, nullos teſtes adhibitos in factis ad teſtamentum, ita nec in confectis ab inteſtato.

rea in jure Digestorum nullibi reperiatur, ut hoc casu testes adhibeantur, satis probabile est, codicillos absolutos olim nullos testes desiderasse (a). *Atqui huc etiam pertinet testamentum Lucii Titii, de quo agitur in* L. 88. §. 17. ff. de leg. 2. *quod supra jam explicitum, & simul dictum est, dispositionem illam per modum codicillorum ab intestato valuisse, ut ut nulli testes adfuerint* (b).

§ XXIV.

Plura codicillis postea sunt superaddita.

Atqui hæc quidem primis temporibus, ubi codicilli introducti sunt, obtinuerunt. Sed sicuti alias jura non semper ibi subsistere solent, ubi inceperunt, ita sensim, & pedetentim nova forma codicillis superaddi cœpit. Sic enim ex post facto remissum videtur, ut non præcise in forma solemnis epistolæ dispositio codicillaris, sed aliis quibuscumque verbis fieret, qua praxi semel admissa, tandem etiam permissum est, ut absque scriptura nuncupatione fieri posset L. 8. §. 3. C. de codicillis, L. 13. de SS. Eccles. L. 3. pr. C. de bonis libert. *Id quod tamen contra primam indolem codicillorum est* (c). *Hoc semel admisso hæc nova forma*

(a) Redit ad vomitum, ad epistolarum nempe formulas. Quid autem revera in jure habeantur codicilli ab intestato, quave juris norma regantur, vide quæ diximus cap. 1 nostri comment. §. 7.

(b) Vide quæ supra adnotavimus §. 21. ad citatam L. 88. §. 17. de legatis 2.

(c) Cap. 1. nostri comment. §. 4. latius quæstionem pertractavimus, an de jure veteri codicilli tantum fierent per scripturam, an etiam per nuncupationem.

ma codicillis superaddita est, ut etiam testes adhiberentur (a).

Testes requisiti primitus fuerunt a Constantino in codicillis ab intestato.

ET primitus quidem in codicillis ab intestato factis septem, vel quinque testium interventum requisivit Constantinus Imperator, vel ut alii malunt, Constantius in* L. 1. C. Theod. de testam. & codicillis, *ubi ita disponitur*: In codicillis, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium, vel quinque interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur: Si igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. *Ex hoc textu apparet, & liquida redditur veritas eorum, quæ in antecedentibus* §§. *latius deducta sunt, scilicet in codicillis olim nullos testes fuisse necessarios* (*b*). *Nam hic Constantius primum disponit in codicillis ab intestato testes esse adhibendos, ex eo scilicet fundamento, quod ad instar testamenti per se subsistant, & vicem ejus exhibeant, ut dicitur in* L. 16. in fine de jure co-

(*a*) Etiamsi verum esset, ut codicilli per nuncupationem introducti fuerint proximiorum Imperatorum constitutionibus, quod strenue negavimus, falso tamen conjicitur, hujusmodi occasione solemnia quoque jure novo codicillis concessa; id enim ex alio prorsus principio repetendum. Vide quæ diximus cap. 2. nostri comment. §. 1.

(*b*) Non recte colligit ex hac Imperatoris constitutione, testes olim penitus non adfuisse codicillis; nam id tantum inferre licet, eos quidem non fuisse solemnes. Vide quæ dicta sunt cap. 1. nostri comment. §. 1.

codicillorum. *Altera ratio est, quod absque testium numero codicilli sæpius suspecti fieri possent, adeoque testium numero destitutos infirmos declarat.* *Hoc ipsum vero noviter ab eo constitutum esse ipsæ rationes adductæ, & contextus ostendunt, cum ad jus antiquum hic nullo modo provocetur; sed talia verba adhibeantur, quæ indicant novum jus constitutum esse. Cum vero hanc formam codicillis ab intestato tantum præscripserit, reliquos codicillos ad testamentum factos in suo statu reliquit, ut valerent absque testibus, qui nec hic necessarii videbantur, cum proprio jure non subsisterent, sed vires ex testamento acciperent, & consequenter solemnia testamentorum ad codicillos traherentur* (a).

§. XXV.

Tempore Diocletiani jam testes fuisse necessarios non probatur ex L.22. C. de fideicomm.

E*Quidem facile prævideo, contra hæc quæ hactenus asserta sunt, objici posse, jam tempore Diocletiani testes in codicillis necessarios fuisse, quod facile probari posse putant ex* L. 22. C. de fideicomm. *ubi Imperatores ita disponunt*: Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis

(a) Primum solemnia data sunt codicillis ab intestato, quippe qui testamenti naturam imitantur: Stetit sane jus vetus quantum ad codicillos ad testamentum pertinentes ad Theodosium usque, qui tandem propria solemnia omnibus codicillis constituit.

bitis testibus nulla dubitatio est. *Verum qui ex hoc textu necessitatem adhibendi quinque testes in codicillis scriptis eruere conati sunt, inde decepti videntur, quod verba ultima:* adhibitis testibus *ad totam legem pertinere crediderint, cum tamen ad ultimum casum, quando sine* scriptura, *vel* nutu *fideicommissum relinquitur, tantum pertineat; ita ut sensus sit, duplici modo posse fideicommissum relinqui, vel in* scriptis *per epistolam, vel libellum, vel sine scriptis, quo casu tamen necessario adhibendi testes, quia alias de voluntate fideicommittentis constare non posset, cum etiam miles, qui sine scriptis testatur, non aliter, quam adhibitis testibus disponere queat* §. 1. L. de milit. testam. *Inde egregie falluntur Doctores, quando in hac lege quinarium testium numerum jam fundatum fuisse asseruerunt, cum tamen tempore Diocletiani nulli testes in codicillis per se essent necessarii; ex quo concludo, Diocletianum testes tantum suo tempore probationis caussa requisivisse, & duobus testibus contentum fuisse per L.* 12. de testibus, *non autem de quinario numero testium sensisse, ut autumat Finckelthaus* obs. 51. n. 9. & *Dn. Harprecht.* de remed. L. finalis C. de fideicomm. c. 2. §. 17. n. 4. *licet eniam alias post Constitutionem Constantii quinarius numerus in ultimis voluntatibus pro legitimo habeatur, hoc tamen ad tempora Diocletiani referri nequit. Postquam vero Constantinus, vel, ut alii malunt, Constantius in tali casu quinque testes ad minimum requisivit, eatenus legi adductæ Diocletianæ derogare voluisse videtur* (a).

Oo §. XXVI.

(*a*) De hoc Diocletiani rescripto vide quæ monuimus cap. 1. nostri comment. §. 3. n. 11.

§. XXVI.

Tempore Theodosii nihil hic mutatum.

V*Idendum nunc, an post tempora Constantii hic nova jurium mutatio facta fuerit. Equidem si* L. ult. §. ult. C. de codicill. *inspicimus, exinde planum fieri videtur, Tempore Theodosii generaliter in omnibus codicillis hoc receptum fuisse, ut quinque testes adhiberentur. Quamvis vero non negandum sit, dictam* L. ult. *esse Theodosii; tamen si juxta Codicem Theodosianum examinatur, conspicuum redditur* §. ult. cit. L. *non esse Theodosii, vide* L. 7. C. Theod. de testam. & codicill. (a), *sed ut Jacobus Gothofredus in* not. ad cit. L. *animadvertit, illum esse a Triboniano subjectum* (b); *& sic si quid novi in hoc* §. ult. *continetur, illud non referendum ad tempora Theodosii, sed demum Justiniani.*

§. XXVII.

An tempore Justiniani testes generaliter requisiti fuerint.

E*Rgo nunc demum videndum, an tempore Justiniani novum jus hic introductum fuerit, ita ut in omnibus codi-*

(*a*) Jam longo sermone ostendimus cap. 2. nostri commen. §. 1. n. 5., & seq. contra Triboniani obtrectatores, constitutionem de solemni quinque testium numero in codicillis ex Theodosiio omnino repetendam, ut nullo pacto Justiniano tribuenda videatur.

(*b*) Sinceram Jacobi Gothofredi sententiam exposuimus loc. cit. n. 6.

codicillis, sive ab intestato, sive ad testamentum facti fuerint, quinque testes adhibendi sint. Quod si communem Doctorum opinionem intuemur, hoc asserendum videtur, quippe qui generaliter asserunt, in omnibus codicillis quinque testes necessarios esse. Antonius Faber in C. lib.6. tit. definit. 2. n.17. *Carpz.* P.3. C.4. def.35. *Richter* P.1. dec. 22. num.16.; *& hinc quod in* L. ult. ff. de legatis 2. *dicatur, valere relictum nuda epistola, hodie correctum esse per jus novum dicit Carpz.* c. 1. n.4., *conf. Struvium* ex.35. th.17. *Bachov. ad Treutl.* Vol.2. disp.13. th.6. lit. a. b. modo per duos. Harprecht. Vol.1. conf.5. n.2., *& in tract.* de remed. L. ult. C. de fideicomm. c.2. §.17. nu.4. *Fundant se prælaudati Doctores potissimum in* L.28. §.1. C. de testam. *ubi hæc habentur*: Et sic testamentum validum, & codicillus, si quinque testium literæ testatoris scripturæ coadunentur, in sua firmitate remaneant. *Potissimum vero huc pertinent verba finalia, quæ Tribonianus legi* ult C. de Codicillis *subtexuit his verbis*: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur. *Proinde etiam in mortis caussa donatione præcise quinque testes adhiberi debent* L. ult. C. de mortis caus. donat.; *quin & Imperator in* §. ult. de fideicomm. hered. *generaliter asserit, numerum quinque tetium in fideicommissis legitimum esse, qualia utique in codicillis expediuntur. Hi textus omnes generaliter loquuntur, & sic omnes quoscumque codicillos complecti videntur. Denique hoc ipsum etiam confirmat* Ordinatio Notar.Maxi-

1512. §. & debent Notarii verſ. ſed in co-

§. XXVIII.

Non confirmati codicilli requirunt quinque teſtes ex Juſtiniani lege.

VErum quemadmodum *ſupra* §.14. & ſeq. *diximus*, *codicillos ad teſtamentum fieri poſſe duplici ratione* (1.) *abſque confirmatione praecedente* (2.) *confirmatione teſtamentaria antecedente*, *ita ut hi pro parte teſtamenti haberi debeant*, *non item ſimpliciter illi*; *ita omnino inquirendum*, *an utroque modo factos codicillos Juſtinianus ſub nova ſua diſpoſitione comprehendere voluerit?* *Equidem de non confirmatis admittere poſſumus*, *illos quoque ſub nova Juſtiniani conſtitutione contineri*, *partim quia Juſtinianus ſatis generaliter loquitur*, *& ſic novi quid poſt legem Conſtantii introducere voluiſſe videtur*; *partim etiam*, *quia tales codicilli non confirmati ſeparatam diſpoſitionem includunt*, *nec ita ad teſtamentum ſe referunt*, *uti quidem per teſtamentum confirmati*. *Atqui in hoc omnes ad unum communiter conſentiunt* (a).

§.XXIX.

(*a*) Ex non intellecta ſincera juris Romani doctrina in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, parum eſt, ut Theodoſii legem penitus non perverterint. Non eo ſpectabat codicillus confirmatus, ac non confirmatus, ut non confirmatus *ſeparatam* conſtitueret teſtationem, ut loquitur Boehmerus, a teſtamento; omnes enim aeque partes illius intelliguntur, ac ſequela, nec niſi ex teſtamento conſtabant; ſed ut adhibita fictione juris ad codicil-

§. XXIX.

Varia opinio Doctorum de quæstione, an codicilli confirmati requirant testes.

De *confirmatis itaque nunc videndum, an non hi etiam quinarium testium numerum desiderant ex jure Justinianeo? quod asserunt Hieronymus Schurfius* cent.2. conf.48. num.7. & seq. *Modestinus Pistor* Vol.1. conf.44. *Thomas Herbajus* rer. quotid. cap.8., *quorum rationes concludentissimas esse asserit Dn. Ferdinandus Christophorus Harprecht* Vol.1. conf.5. num.63. *confer* Hilliger. ad Donellum lib.7. cap.17., *& allegati a Besoldo ad jus Prov. Vwirt.* disp.3. th.156. *Ipse prælaudatus Dn.* Harprecht cit. conf. num.64. *distinguit inter jus Justinianeum, & consuetudinem universalem Germaniæ, ita ut secundum hanc testes quidem non sint necessarii, bene tamen secundum illam* (a). *Sed non desunt quoque, qui non eo usque novam Justiniani legem extendendam esse existimant, inter quos prin-*

los confirmatos saltem perduceretur datio *legatorum*. Hinc confundere veterem doctrinam cum novo jure de codicillorum solemnibus est quidem abuti legum sententiis, jurisque normam pervetere. Hoc ergo discrimen inter confirmatos, & non confirmatos haud pertinet ad codicillorum solemnia, veluti jure novo constituta sunt. Sed latius hanc quæstionem pertractavimus in nostra disp. consect., ut nil hic adjiciendum videatur.

(*a*) Recte quidem Harprechtus, quum noluerit referre ad jus commune quod peculiaribus Germaniæ moribus receptum est, obstant enim expressa constitutionis verba, adeo ut vel legem omnino tolli necesse sit, vel si eam stare velis, opus est ut fatearis solemnia æque in codicillis *confirmatis*, ac *non confirmatis*.

principatum gerunt Bardili de scheda testamentaria cap. 5. §. 3. & 4. *Donellus* cit. loco lit. g. *Besoldus* cit. loco th. 155.

§. XXX.

Probatur opinio negativa.

ET *hanc posteriorem sententiam omnino juri Justinianeo conformem esse arbitror, si illa ipsa argumenta quae supra* §. 15. *de utilitate confirmandi codicillos adducta sunt, in medium adhibeantur. Constat ex illis, quod tales codicilli revera testamento inesse credantur, pro parte testamenti reputentur, & quicquid in hujusmodi codicillis disponitur, pro disposito in testamento habeatur. Quid ergo opus foret nova solemnitate, cum tamen testamentum ad hos codicillos trahatur* (a)? *Et hoc intuitu quoque Justinianus in* L. ult. C. de codicillis *expresse hanc addit limitationem:* excepto testamento, *indigitans se de testamento in* praedicto §. *non disponere, sed de ejusmodi dispositionibus, quae plane ad testamentum referri nequeunt, quorsum tamen omnino hi codicilli pertinent, qui pro parte testamenti habentur. Ipse Maximilianus in* Ordinat. Notar. anno 1512. *c. l. huc etiam, ni fallor, respexisse videtur, dum restrictive loqui-*

(*a*) Fabulae: solemnia nempe unius voluntatis naturaliter fieri nequit, ut ad aliam transferantur. Sed ne hic repetantur quae alibi plenius dicta sunt, quicquid Boehmerus profert in proposita quaestione, longius pertractatum comperies in nostra disputatione consectaria, ut nihil prorsus hic addendum videatur.

quitur hoc modo: Verum in codicillis scilicet, in quibus sine declraatione, vel institutione heredis post mortem alicujus præcipitur a suis heredibus aliquid consignari &c. *Quæ verba hanc commodam admittunt interpretationem, scilicet hic agi de ejusmodi codicillis, in quibus heres non constituitur, aut declaratur. At vero tales sunt codicilli non confirmati, cum in confirmatis hoc licitum esse supra plenius dictum sit.*

§. XXXI.

Codicilli confirmati non sunt comprehensi sub L. ult. §. ult. C. de Codicillis.

E*T sane cum hic codicilli specialem suam rationem, & naturam habeant, & se expressè referant ad testamentum, hoc vero illos sua confirmatione includat, non potest dici illos esse sub cit. L. fin.* C. *de codicillis comprehensos, ut ut lex satis generaliter loquatur, cum non semper leges generaliter loquentes, generaliter sint intelligendæ. Quin ne quidem in dubio mutatio præsumitur, multo minus si prægnantissimæ rationes in contrarium sint, illa statuenda, sed potius juri veteri, quantum fieri potest, insistendum. Et hunc in finem in antecedentibus tam operosè ostendere necessum habui, antiquitus codicillos nullos requisivisse testes, sed paulatim eorum numerum esse introductum, adeoque demum novi juri adscribendum, ut eo fortius declararem, non satis recte* legem ultimam C. de Codicillis *generaliter licet loquentem, generaliter intelligi. Huc etiam faciunt alia argumenta, quæ Bardili* cit. l. *pro validitate schedæ te-*

testamentariæ absque testibus confectæ adducit ; quæ tamen hinc inde jam adducta sunt .

§. XXXII.

Hæc ſententia & praxi , & juri Juſtinianeo reſpondet .

A*Tque ita ex hactenus dictis apparet , non tantum ſecundum praxin hodiernam , uti qnidem putat Dn.* Har*precht* cit. conſ.5. , *ſed etiam ſecundum leges Juſtinianeas codicillos teſtamento confirmatos nullos requirere teſtes , & in eo a reliquis codicillis differre . Nam etiam pleraque argumenta , quæ a viro eruditiſſimo afferuntur , ex jure communi ſunt deſumta , ſicuti etiam plerique Doctores, quos plena manu adducit , ad jus commune provocant . Præſertim nervoſe Brunnemannus ad* L. 38. ff. de conditionibus , & demonſtrationibus *huc collimat , ubi ait* : Si teſtator in teſtamento ſe referat ad epiſtolam , valebit legatum in epiſtola relictum ; quia in teſtamento videtur relictum per relationem . H*oc intuitu Illuſtr. Dn. Stry*k.*de caut. teſtam. c* 2. §.12. *hanc confirmationem commendat , veluti ſi addatur* : Quicquid codicillis , ſchedulis , quibuſve literis ſcriptum reliquero , ita valere volo , ac ſi in hoc ipſo teſtamento comprehenderetur ; nam vi hujus clauſulæ , *ait* , ex teſtamento ſuam ſubſiſtentiam recipiunt ſchedulæ omni alia ſolemnitate deſtitutæ . *Atque ſecundum hanc ſententiam anno* 1705. *nuper pronunciavit illuſtris Dn. Strykius , quod reſponſum cum nobis ab ipſo gratioſe communicatum ſit , hic addere lubuit .*

Facti

Facti species,

ANtonius Baily anno 1673. *testamento suo præ aliis instituerat heredem Johannam filiam suam ex primis nuptiis habitam; atque adjecerat, quod si nubilis ea mansisset, ne bona extra familium disperderentur, velle, ut ea omnino propinquis relinqueret, fratribus nempe, ac sororibus. Defuncto autem testatore quum Johanna numquam nupsisset, anno* 1679 *suum condidit testamentum, quo Patris voluntatem sequuta instituit in bonis, quæ sibi ex ejus hereditate obvenerant, una cum Fratre filios, filiasque ex sorore jam defuncta. Tum addidit: quicquid se extra testamenti tabulas reliquisset sua manu subscriptum, ratum omnino haberi velle, perinde ac si in ipso testamento contineretur. Postea* 7. *Kal. Novembris* 1701. *codicillis, seu schedula subscripta manu sua, ac duorum testium vetuit, ne portio hereditaria Dionysio fratri suo relicta ab ipsomet administraretur, sed fructus tantum ei præstari debere; ut ita prospiceretur utilitati filiorum illius, ut latius apparet ex testamento apud acta prodito. Defuncta testatrice quum Dionysius oppugnasset novissimam legem in schedula conscriptam, factus est idcirco controversiæ locus.*

Quæstio.

AN *schedula condita anno* 1701. *ob clausulam in testamento expressam jure valeret?*

Rationes dubitandi.

PRoponebatur quidem schedulam non valere ob defectum testium; satis enim non videbatur duorum testium

 præ-

præsentia, *quum exigatur quinque testium numerus ex* L. ult. C. de Codicillis, *Carpz.* P.3. C.4. def.35. *Richter* P.1. decif.62. num.17. *Quod adeo verum est*, *ut licet legatum aliquod in epistola*, *vel schedula relictum fuerit*, *hoc tamen non aliter subsistat*, *quam quinario testium numero adhibitio*. *Brunnem. ad* L. fin. pr. de legatis 2. *Petr.* Gregor. *Tholos* in Syntagm. jur. univer. lib.41. c.18. in fine. *Etenim quod tam caute legibus præscriptum est*, *per indirectum tolli videretur*, *viaque fraudibus aperiretur*; *ut præsertim hoc casu affirmat*, *&* *urget Hieron. Schurffius* cent.2. conf.48. num 8.

Et quamquam testatrix Johanna Baily testamento adjecisset clausulam reservatoriam, *qua jusserat*, *ut quicquid post testamentum scripsisset*, *ita ratum haberetur*, *ac si scriptum esset in ipso testamento*; *tamen responderi potest*, *quod nemo possit cavere*, *ne leges in suo testamento valere debeant*. L.55. ff. de legatis 1.; *maxime in tali negotio*, *ubi leges aliquid pro forma requirunt*. *Schurff.* cit. loco. *Et ita quamplures Scriptores contendunt*, *inutiles prorsus esse hujusmodi schedulas sine quinque testium adhibitione*. Hillig. *ad Donell.* lib.7. cap.19. lit.g. *Modestin. Pistor.* vol.1. conf.44.

Rationes decidendi.

V*Erum nedum ex jure communi*, *sed usu quoque probatum*, *ut liceat testatori in testamento se referri ad unam*, *vel plures scripturas*, *in quibus vel jam scripserat*, *vel scribet nomen heredis*, *vel legatarii*: *quo casu in hujusmodi schedula haud exigitur adhibitio vel quinque*, *vel septem*

tem testium; sed satis est, si certe constiterit, eamdem illam esse schedulam, de qua senserit testator, sive jam scripta fuerit schedula tempore conditi testamenti, sive adhuc scribenda. L.77. de hered. instit. *Bardili* de testam. nuncupat. th.28. *Besold.* conf.203. num.16. *Hoc autem potiori ratione admittendum videtur, quum schedula, ad quam testator se referat, non contineatur institutio heredis, sed quid aliud, ubi minor solemnitas requiritur. Quare clausula reservatoria in præsenti testamento efficere debet, ut quicquid testatrix per schedulam manu sua subscriptam adjicere intellexerit testamento, ex virtute factæ in testamento relationis, non secus ratum habendum sit, acsi revera in testamento ipso contineretur; si enim testator in testamento se referat ad epistolam, valebit legatum in epistola relictum, quia in testamento videtur relictum per relationem ad epistolam Brunnem.* ad L.38. de condit., & demonstr. num.1. *Imo expressa per relationem, expressa dicuntur in specie, ac si in referente fuissent inserta* arg. L. 2. §.2. ff. de jure codicillorum *Gars. Mastrill.* decis.190. num.5. *& paria censentur aliquid in testamento exprimi specifice, vel per relationem ad aliud Card. Mantic.* de conject. ult. vol. l.4. tit.3. num.11. Brunnem. ad L.25. de reb. dub. num.2. *adeo ut relatum sit pars referentis Card. Tusch.* pract. concl. tom.6. lit.R. concl.129. num.2. *Barbos.* Thes. loc. comm. lib.16. c.23. ar.16. *Supervacanea quippe videtur adhibitio quinque testium in hujusmodi adjunctis, sive scripturis, quum nullus testis legibus desideretur* arg. L. Theopompus 14. ff. de dot. præleg. L. fin. pr. de leg.2. l.6. C. de Codicillis L.18. ff. de jure Codicillorum. *Quæ opinio*

nedum confirmatur quotidiano usu, sed defenditur a celebrioribus Doctoribus. *Bardili* disput. de scheda testament. c. 5. §. 3. seqq. *Brunnem.* ad L. f. pr. ff. de leg. 2. num. 4. *Ernestus Cothmannus* vol. 5. cons 33. *Besold.* in delib. Pandect. lib. 28. & 29. n. 8. in f. *Harprecht.* vol. 1. cons. Tubing. integro 5.

Responsio ad rationes dubitandi.

Quibus non obstat, quod in codicillis quinque testes requirantur; nam hoc de codicillis absolutis, & per se subsistentibus, non vero de illis, qui propter relationem pars testamenti esse videntur, intelligendum est; atque adeo implicite testes iidem, qui testamento adfuerunt, hic quoque adfuisse videntur. *Alexand.* lib. 7. cons. 4. n. 6. in f. *Neque dixeris, quod ita fraudibus locus concedatur, quia hoc locum non habebit, nisi in relato nulla adsit suspicio falsi, ut in casu evidentissime apparet* Harprecht. cit. l. num. 80. *Ut ut autem aliquibus Doctoribus placuerit contrariam tueri sententiam; earum tamen opinio nec juri consentanea est, nec moribus nostris, ideoque respuenda est.*

Decisio.

Ex quibus facile constat, adjunctum de anno 1701. *factum testamento, ratum, validumque omnino censeri.*

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Sufficit, si confirmati codicilli sint in testamento nuncupativo.

P*Arum autem referre existimo, utrum testamentum, quod codicillos confirmat, sit scriptum, an vero nuncupativum. Nam & scriptos codicillos ad testamentum nuncupativum fieri posse nullum habet dubium* L. f. ff. de jure codicillorum. *Debet tamen ante omnia constare, quod testator nuncupative codicillos coram testibus nuncupaverit, veluti si dixerit*: Si præter hanc meam testationem codicillos scripsero, vel reliquero, eos ratos esse volo, perinde ac, si quicquid in illis scriptum erit, nunc proprio ore pronunciassem. *Quod si itaque a Notario instrumentum publicum desuper factum fuerit, res plana est, si modo constat de fide codicillorum vel ex subscriptione, vel quod testator illos codicillos sua manu conscripserit. Tunc recte hic applicamus, quod Imperatores ajunt in* L. 6. C. de codicillis: confirmatione codicillorum munitus nullam justam gerere sollicitudinem legatarius debet (*a*)

§. XXXIV.

Hinc subsistere potest dispositio, cui clausula codicillaris adjecta, licet testes quinque deficiant.

E*X præmissis nunc ulterius concludi potest, subsistere aliquando posse dispositionem, cui clausula codicillaris adje-*

(*a*) Perperam interpretatur hoc rescriptum Imperatorum, Vide cap. I. nostri comment. §. 11. num. 2.

adjecta, licet ne quidem quinque testes adsint, hisce tamen concurrentibus requisitis, si scilicet testator antea solemne testamentum fecit, inque eo codicillos confirmavit; deinceps vero testamentum aliud condidit, quamvis ob defectum testium jure destitutum, clausula tamen codicillari munitum fuerit. Hic enim certum est prius testamentum non rumpi per posterius, cum nullum sit §. pen. in f. Inst. quib. mod. testam. infirm. *posterior tamen dispositio subsistit jure codicillorum, qui cum antecedente testamento jam sint confirmati, etiam subsistent, licet ne quidem quinque testes adfuerint. Unde quando Doctores communiter asserunt, clausulam codicillarem nihil operari, si ne quidem quinque testes adhibiti fuerint. Struvius* ex.34. th.66. *hoc intelligendum est de illa dispositione, quae testamento non confirmata est* (a).

§.XXXV.

(*a*) Facile fuit Boehmero ex uno in alium progredi errorem, illumque absurdiorem. Injusta, vel imperfecta testamenti scriptura, quae per clausulam *codicillarem* convertitur in codicillos ab intestato, ut vidimus cap.1. nostri comment. §.8. non video, qua juris ratione constare possit ex confirmatione habita in priori testamento. Etenim idem est converti scripturam in codicillos ab intestato, ac successionem ab intestato haberi. Quomodo autem Boehmerus in specie proposita haec duo diversa simul componet, nimirum codicillos ab intestato cum testamento? Vel qui fiet, ut codicilli ab intestato constare possint ex testamento, duasque oppositas successiones uno tempore conjungi? Itaque quum testamenta per clausulam transformantur in codicillos ab intestato, non secus hoc stare poterit, quam si saltem adhibita sint ea solemnia, quae propria sunt codicillorum. Vide quae diximus loc. cit. n.13.

§. XXXV.

Quandoque ex accidente teſtes ſunt neceſſarii.

Ceterum ut ut hactenus teſtium numerum ad ſubſtantiam horum codicillorum non neceſſarium eſſe diximus; tamen conſtare utique debet de codicillorum veritate, adeoque ſi de ea dubitatur, probatio omnino eſt neceſſaria, de qua cum pleniſſime egerit Bardili de Scheda teſtament. c.3. *meditationem noſtram ad illam dirigemus. Interim ad hanc certitudinem conſequendam quandoque* ex accidente *teſtes requiruntur, ſi forſan codicilli a cæco, vel imperito literarum conditi fuerint. Nam ſicuti teſtamentum cæci non aliter ſubſiſtit, quam ſi id ipſum coram omnibus teſtibus legatur, aliis duobus teſtibus ſimul chartam inſpicientibus, ut recte annotat Brunnemannus ad* L. 8. C. qui teſtamenta facere poſſunt; *ita quoque ſi cæcus hujuſmodi codicillos confirmatos condere vellet, prælectio teſtibus adhibitis hic quoque non eſſet negligenda. Interim cum teſtes hoc caſu ad certitudinem codicillorum ſpectent, ut exinde conſtet, nihil contra voluntatem codicillantis in iis ſcriptum eſſe, ſufficere crediderim, ſi præter prælectorem alii duo teſtes ſimul chartam inſpicientes prælectioni adhibeantur; & coram illis teſtator declaret, omnia, quæ ipſi prælecta eſſent, voluntati ſuæ conformia eſſe, ut deinceps documentum factæ prælectionis ſubſcriptione teſtium illorum munitum annectetur, hac forſan ratione:* quod hic codicillus nobis præſentibus lectus ſit teſtatori, quando ſimul chartam inſpiceremus; & quod deinde teſtator declaraverit, ut quicquid lectum eſſet, ſcriptum quidem ſit ſecundum

ejus.

ejus voluntatem, & ita testamur nostris subscriptionibus, ac signis. *Hallæ* 28. Augusti 1707.

Dubium removetur.

E*Quidem hic in contrarium urgeri posset, quod Imperator expresse in* L. 8. C. qui testamenta facere possunt *disertis verbis eadem solemnia in codicillis cæcorum requiret, quæ in testamentis eorum necessaria sunt, quod planum esse videtur ex verbis sequentibus*: Quæ in eumdem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum, vel fideicommissa; & in summa quæ codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda; *quod etiam confirmat* Ordinat. Notar. de An. 1512.; *atque proinde in codicillis cæcorum quoque octo testes requirunt Carpz.* P. 3. c. 6. def. 5. *Franc. Barry* de success. lib. 1. tit. 6. n. 2. *Alciat.* lib. 9. conf. 32. num. 1. *Verum rectius alii hæc verba non simpliciter capienda esse asserunt, sed potius tantum ad prælectionem hic qnoque faciendam pertinere contendunt* (a). *Vid. D. Stryk.* de jure sens. diss. 2. cap. 3. num. 28. & seq. *Quamvis ad præsentem speciem, ubi codicillos confirmatos supponimus, id non aliter, quam quoad prælectionem faciendam pertinere, rationes antea adductæ suadent. Idem quoque simili ratione observandum erit in codicillis confirmatis imperitorum literarum, cum & hic prælectio sit necessaria, uti pluribus demonstravit D. Præses* diss. de testamento non prælecto, *quorsum B. L. remitto.* CA-

(*a*) At cur rectius id contendunt? An rectius leges interpretari is dicetur, qui magis ab aperta ejus sententia aberraverit? Si Imperator eadem omnino solemnia tribuit hujusmodi codicillis, ac testamentis, qua fronte eorum tantum partem codicillis accommodaverimus? Porro non video, quemadmodum ea legis sententia cavillationibus subjaceat.

CAPUT II.

De Codicillis ab inteſtato ſine teſtibus validis.

§. I.

Tranſitus ad codicillos ab inteſtato ſine teſtibus validos.



N capite præcedente oſtenſum eſt, in Codicilli. confirmatis teſtamento nullos teſtes eſſe neceſſarios, in reliquis autem codicillis quinarium numerum teſtium ab Imperatoribus noviter introductum eſſe. Ut ut vero hæc regulariter ita ſe habeant, tamen non deſunt caſus, ubi etiam in codicillis ab inteſtato, & non confirmatis (a) *teſtes vel nulli vel pauciores, quam quinque deſiderantur, quos in hoc capite excutiemus, potiſſimum mentionem facientes codicillorum ab inteſtato, quia ſi de his probatum erit, quod abſque teſtibus valeant, ſimul conſtabit, eoſdem quoque ita valere, ſi ad teſtamentum facti fuerint.*

(*a*) An fingi poterit codicillus ab inteſtato. idemque teſtamento confirmatus? Notio codicilli ab inteſtato eo ſpectat, ut codicillus fiat ſine teſtamento; non ergo admittere poteſt confirmationem in teſtamento, quum repugnet quid fieri ſine teſtamento, & cum teſtamento eodem tempore.

§. II.

Primus casus ex l. f. C. de fideic. proponitur.

P*Rimus & illustrior casus est in* l. ult. C. de fideicommissis & §.ult.Inst. de fideicommiss. hereditat. *ubi Justinianus noviter disposuit, quod si testator heredis ipsius fidem elegerit, & coram eo conceptis verbis nuncupaverit, cui legatum vel fideicommissum relinquere vellet, hoc omnibus modis valere debeat, licet nemo penitus testis intervenerit, quatenus heres jurare non potest, se nihil tale quid a defuncto audivisse, de qua specie dispositionis egregium tractatum edidit Dn. Harprecht de* remedio legis ultimæ C. de fideicommissis.

§. III.

Quæstio proponitur, an in l. cit. ult. Codicilli occurrant.

C*Um vero hic de codicillis tamen soliciti simus, præjudicialis quæstio ante omnia examinanda est, an etiam in hac dispositione species aliqua codicillorum occurrat, quod a paucioribus observatum esse memini. Ipse prælaudatus Dn. Harprecht hanc dispositionem vocat* remedium l. ult. C. de fideic. *alii* beneficium l. ult. *alii* provisionem Imperatoris *vid.* D*n.* H*arprecht* cit. l. c.1. §.3. *Sed sicuti hi termini nimis generales sunt, & tantummodo jus agendi ex* cit. l. ult. *designant, ita exinde non constat, quorsum hæc dispositio referenda sit, an ad codicillos, an vero novam speciem ulti-*

mæ

mæ voluntatis a reliquis diversam constituat, nam & inter ultimas voluntates a Doctoribus refertur vid Ludvvel de ult. volunt. pag. 2. cap. 5. *Dn.* Harp*recht* cit. Tr. cap. 1. §. 8. num. 12. *quorsum etiam Imperator ipse collimat in* §. ult. I. de fideic. hered. *ajens* : Ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. *Sic ergo est species ultimæ voluntatis, uti omnino est, vel ordinariis speciebus accensenda, vel nova species dicenda erit. Ast hoc ultimo casu diversitates prius adducendæ sunt.*

§. IV.

Dispositio L. f. C. de fideic. continet codicillos nuncupativos.

V*Erum omnino existimo hanc ipsam dispositionem nil, nisi meros codicillos nuncupativos continere, & propterea commode huc referri posse. Postquam enim receptum est, codicillos etiam posse sine scriptis adornari, forma primæva codicillorum satis mutata est, ut adeoque sine ulla hæsitatione omnes alias dispositiones sub nomine codicillorum complecti debeamus. Inprimis autem dispositio prædicta in classem codicillorum nuncupativorum vel ideo referenda est, quod ad naturam primævam eorum quam proxime accedat. Sicuti enim codicilli in prima sua origine nihil aliud erant, quam* literæ ad heredem scriptæ, quibus testator ad heredem sermonem conferebat, *ut dicitur in* l. 14. ff. de jure codicill. *& ita quasi cum herede loquebatur per epistolam, ut dicitur in* l. 75. pr. ff. de leg. 2. *conf. Gothofredus in* not.

ad cit. l. lit. 1. *Ita quoque Imperator dispositionis* legis ult. *essentiam in eo collocat, quod defunctus fidem ipsius heredis elegerit, & ita coram cum eo locutus fuerit, in scriptis codicillis itidem testator cum herede, vel a quo alias legatum vel fideicommissum relinquit, loquitur. Propius itaque adhuc hi codicilli ad naturam primævam codicillorum respiciunt, quam illi, qui extra præsentiam heredis sine scriptis coram quinque testibus fiunt, ubi nequidem cum herede loqui videmur, cum sermones misceamus coram cum præsentibus, non absentibus. Accedit, quod ipse Imperator* in §. ult. I. de fideicom. hered. *se ipsum ad Augustum, primum codicillorum approbatorem referat, & hac nova dispositione hunc Principem superare contendat; id quod ideo fecisse videtur, quod Augustus tantum codicillos scriptos, & in eis data fideicommissa absque testium interventu approbaverit, ita ad hujus exemplum Justinianus etiam codicillos nuncupativos ad heredem præsentem directos absque testibus valere voluerit. Ut ut enim codicilli nuncupativi ante Justinianum jam cogniti erant, tamen ex lege Constantii certo modo testium numerum requirebant, & hoc intuitu Justinianus novi quid hac dispositione introducebat, ab Augusti lege diversum. Denique Imperator ipse adjungit, perinde esse debere, sive quinque testes adfuerint, vel pauciores, vel nemo, & præterea differentiam superaddit, cur in his codicillis nulli testes requirantur, sicuti in aliis, quia scilicet in aliis testium præsentia etiam ad probandum est necessaria, quali probatione hic non est opus, cum heres ipsemet veritatem dicere compellatur* cit. l. ult. vers. Cum enim res, *quæ omnia clare evincunt, Imperatorem semper suppo-*

suppofuiffe, talem difpofitionem ad codicillos utique referendam effe. Hæc fi Dd. qui de genere actionis litigant, accurate perpendiffent, facile omnem fuperaffent difficultatem, cum quæ ex codicillis dentur actiones, expediti juris fit (a).

§. V.

Fundamentum l. ult. C. de fideic. eruitur.

EX *his nunc præfuppofitis intellectus* cit. l. ult. *quæ alias magna difficultate laborare creditur*, *Sichard. in* C. in pr. ad cit. l. *Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Fufar.* conf. 83. n. 34. in f. *fatis planus & perfpicuus redditur. Defudant imprimis interpretes in genuino fundamento bujus difpofitionis, in quo adeo variant, ut Dn. Harprecht* cit. tr. de remed. l. ult. C. de fideic. c. 2. §. 7. feqq. *quindecim diverfas opiniones recenfeat, & examinet, quibus difficultatibus bæc una affignanda eft ratio, quod plane bæfitaverint, quorfum hæc difpofitio referenda effet, præfertim cum etiam plurimi vix accuratum de codicillis fibi conceptum formaverint. Alii quippe fundamentum* ex promiffione heredis, *alii* ex mendacio & negatione heredis, *alii* ex fola præfentia *bæredis, alii aliunde deduxerunt. Scilicet ex evicto conceptu hujus difpofitionis evidens eft, fundamentum horum codicillorum abfque teftibus validorum in eo unice quærendum effe, quod defunctus coram cum herede locutus fit, & ita fidem ejus ele-*

(*a*) Plura hic congerit Boehmerus vel falfa, vel aliena. Sed vide quæ diximus de hac Juftiniani Conftitutione cap. 2. noftri comment. §. 1. n. 10. & difput convect. §. ult. n. 3.

elegerit, *vel ut Dn.* Harprecht cit. tr. c.4. §.10. seqq. *loquitur*, *ut in præsentia heredis voluntatem suam declaraverit*, *quod ut plurimum ita fieri solet*, *ut verba ipsa ad heredem dirigantur vel* explicite, *vel* implicite, *h. e. ita & ea intentione a testatore proponantur*, *ut ab herede audiri possint*. *Et hoc tum ipse conceptus codicillorum*, *tum contextus* cit. l. ult. *satis docent*, *dum loco præsentiæ testium præsentiam heredis Justinianus sufficere credidit*, *quod & indicant variæ formulæ in* cit. l. *adhibitæ*, *veluti*: dum ipse sibi judex & testis inveniatur, *item* quod heres dicere compellatur veritatem, adeoque nullus locus amplius testibus relinquatur, *porro*: quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria & indubitata fide relicta? *Quin ipse Imperator in* §. ult. I. de fideicomm. hered. *adhuc clarius mentem suam declarat*, *dum ostendit*, *quid heres in casu negationis jurare debeat*, *scilicet* quod nihil tale a testatore audiverit: *Quod itaque primario juramento adseri debet*, *hoc est fundamentum actionis*, *& sic fundamentum ipsius dispositionis*, *ex qua agitur conf. Illustr. Dn. Stryk.* de caut. testam. c.21. num.1. §.39. seqq. *Et quos congessit Dn.* Harprecht cit. l. c.11.

§. VI.

Non præcise requiritur, ut testator sermonem dirigat ad heredem.

S*ic itaque præsentia heredis omnem supplet defectum testium*, *sive speciatim ad hoc a testatore evocatus sit*, *sive sponte adfuerit*. *An autem præcise requiratur*, *ut dispo-*
nens

nens sermonem suum dirigat ad eum, quem fideicommisso vel legato gravare voluit, itidem disquiritur? Sane codicillorum natura primæva ita videtur fuisse comparata, ut testator per codicillos loqueretur cum herede, uti § 4. *dictum est. Verum sicuti in* Cap. præced. §. 13. *dictum est, postea etiam introductum esse, ut etiam codicilli ad personam honoratam dirigi possint, ita in codicillis nuncupativis idem admittendum esse arbitror, quia sic* per indirectum *cum ipso herede sermonem miscuisse videtur, quod etiam suo calculo approbat Dn.* Harprecht cit. l. §. 16. *Porro ut ut Imperator tantum principaliter supp.nat casum, quo testator nuncupative voluntatem suam heredi declaraverit, tamen & tunc quoque codicillos scriptos sine testibus subsistere autumo, quando illos præsenti heredi tradit, & simul eidem injungit, ut voluntati suæ in codicillis traditis manifestatæ satisfaciat.* H*oc ipso enim, quo se refert ad codicillos traditos, in effectu juris suam ei voluntatem declarasse videtur. Bardili* de testam. nuncupat. th.25. & 28. *Bartolus* ad l. ult. C. de fideicom. nu.5. *Dn. Rivinus* in enunc. jur. tit.18, enunc.6.

§. VII.

Valent hi codicilli absque testibus.

H*Ac ratione concinnati codicilli valent, licet vel maxime nullus testis intervenerit, uti clare decidit Imperator in* cit. l. ult. & §. ult. I. de fideicomm. hæred. *quod & hodie adhuc in praxi obtinere Dd. unanimiter fatentur. Vide* Dn. *Stryk* de cautel. testament. cap.21. memb.1. §.38. & de success. ab intest. differt.7. cap.4. §.34. *Dn.* Har-

Harprecht cit. tract. cap. 1. §. 1. num. 11. & seqq. *Quodsi itaque heres illud non neget, sed defectum testium alleget, nihilominus solvere legatum vel fideicommissum adstringitur. Si vero heres negaverit, tale quid a testatore se audivisse, tunc legatarius vel fideicommissarius ei deferre potest juramentum, præstito prius juramento calumniæ, id quod si præstare recusaverit, solvere omnino cogendus est, quia aliter de veritate constare nequit.*

An juramentum sit necessarium, si præter heredem duo vel tres adfuerint testes?

UN*de disquirunt, an hoc juramentum necessarium sit, si præter heredem duo vel plures testes simul præsentes fuerint, ex quorum depositione jurata satis constare possit, quid defunctus ad heredem dixerit? Sane si ex regulis ordinariis juris res foret æstimanda, ordinarie ad juramentum alias non recurrendum, quoties copia testium suppetit. Ast enim vero cum totam validitatem hujus fideicommissi Imperator in eo collocet, quod testator heredis fidem elegerit, ita ut ipsemet veritatem dicere compellatur, non aliud medium probandi quam juramentum superest, quod satis clare ipse Imperator his expressit verbis:* Sed sive quinque sint testes sive minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum, vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem. *Deinceps hanc quoque subjungit rationem diversitatis, ne alias videantur codicilli ex testium depositione valere, qui tamen demum ex confessione heredum valere debent.* Vid. *Philippi* in usu pract. Inst lib. 2. tit. 23. §. ult. ecloga 103. n. 5. (a) §. VIII.

(a) Vide quæ monuimus cit. disput. confect. §. ult. num. 2.

§. VIII.

Codicilli oblati valent abſque teſtibus.

C*Um vero etiam ſæpius teſtamenta abſque teſtium numero ordinario ſubſiſtere poſſint, hinc etiam non dubium, quin etiam in ejuſmodi caſibus codicilli abſque teſtibus valeant. Huc itaque pertinent, ſi codicilli Principi oblati fuerint. Superfluum enim dicitur eſſe privatum teſtimonium, cum plublica monumenta ſufficiant* l. 31. C. de donat. *Equidem ex* l. 19. C. de Teſtament. *urgeri in contrarium poſſet, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, cum diſerte teſtator ibidem aſſerat*: Nec inſtitutus heres (*vel legatarius in codicillis nominatus*) pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt. Hic *ergo oblatio teſtamenti idoneis teſtibus probanda dicitur, cum in hac potiſſima vis teſtamenti ſimul conſiſtat; & inde copiam duorum teſtium deſiderat Bartolus* ad cit. l. *Verum hanc non eſſe mentem Imperatoris facile conſtat; cum tantum verba illa caſum præſupponant, ubi dubium eſſe poteſt*, an preces ſecundum voluntatem defuncti fuerint oblatæ. *At vero hujuſmodi dubium tunc demum naſci poteſt, ſi non ipſe defunctus, ſed alius nomine ejus preces obtulit principi. Exinde forſan heres pertimiſcere poſſet, ſi ei dubium moveretur, atque hoc in caſu recte ſecundum voluntatem defuncti preces fuiſſe oblatas, utique teſtibus probandum eſt vid. Tabor.* de teſtam. princ. obl. c. 2. nu. 15. *nam & voluntates ultimas per procuratorem principi offerri*

 poſſe,

posse, *egregie evicit ill. Dn. Stryk.* de cautel. testam. c.8. *Unde plerique etiam nullum testium numerum requirunt Dn. Stryk.* cit. tr. c.7. §.16. *Mea* ad jus Lubec. P.2. art.2. tit.1. num.72. *Carpz.* P.3. cap.3.def.11. *Fachin.* lib 16. cont.86. *Brunnem.* ad cit. l.19. *Vel etiam posset dubium incidere, an non codicilli demum post mortem testatoris essent Principi oblati, quo casu valere non possent Dn. Stryk.* de cautel. testam. c.7. §.15. *ideoque hoc casu ex accidenti opus esset testibus, ad demonstrandam oblationem codicillorum vivente adhuc testatore, & quidem secundum ejus voluntatem esse factam* (a).

§. IX.

Judicialiter facti codicilli valent absque testibus.

IDem nunc observandum est, si codicilli judicialiter apud acta fiant, sive in scriptis sive nuncupative fiant, nam tunc valent ob solam autoritatem judicialem nullis testibus adhibitis Carpz. P.3. C. 4. def.32. num.4. & def.35. num. ult. *Quod enim in testamentis juris est, illud multo magis ad codicillos applicari potest, quippe qui ordinaria solennia testamentorum ne quidem desiderant. Quod si itaque testator*

(a) In testationibus privilegiariis præsertim quantum ad voluntatis probationem idem dicitur de codicillis, quod jure cautum est de testamentis, ut frustra Boehmerus de hujusmodi codicillis sermonem instituat, quasi a testamentorum ratione differrent. Vide quæ dicta sunt cit. disput. consect. §. ult. n.1. & 2.

tor scribere potest, sufficiet, si vel ipse codicillos scribat, vel subscribat, & ita judici offerat. Ceterum si scribere nequeat, ordinarie quidem exigunt, ut tam testamentum quam codicilli a judice testatori prælegantur Carpz. P.2. decis.149. *Dn. Stryk.* de cautel. testam. cap.7. §.31. *quod etiam late probavit Dn. Præses* differt. de testam. non prælecto, *quo casu itidem testes non sunt necessarii, verum si quis forsan justas habeat rationes, propter quas prælectionem in judicio faciendam perhorrescat, tunc ad minimum intra privatos parietes, coram duobus testibus talis prælectio facienda est, eadem ratione, prout in fine* cap. anteced. *dictum est. Sic enim de voluntatis certitudine nullum amplius superest dubium, propter quam unice judicialis prælectio requiritur. Ut vero hæc oblatio judici adhibitis duobus testibus fiat, id quod exigit Antonius Faber* in C. lib. 6. lit. 5. def.26. *minus necessarium est, cum acta judicialia omnem defectum testium suppleant, & præterea leges hoc nullibi exigant. Vid. Mynsinger.* cent. 6. observ.29. num.5.

§. X.

Codicilli militares absque testibus valent.

P*Orro codicillos militum in expeditione constitutorum absque testibus valere nullum habet dubium, cum etiam testamenta eorum absque omnibus testibus valeant, modo de voluntate constet. Equidem adhuc dubitari posset, an inter codicillos & testamentum militare realis differentia*

ostendi possit, *cum alias heredis institutio hæc duo inter se distinguat*, *plures autem reperiantur*, *qui heredis institutionem in testamentis militaribus minus necessariam esse velint*, *eo quod institutio hæc ex jure civili sit*, *qualia quæ sunt militibus remissa videntur* pr. I. de milit. testam. *& sola tantummodo voluntas militis pro testamento habenda est* l. 34. §. 2. ff. de testam. milit. *Joh. Philippi* in observat. ad noviss. decis. elect. Sax. decis. observ. 46. n. 1. *Donellus* lib. 6. comment. I. civil. c. 11. *Finckelthaus* obs. 14. qu. 1. *ubi in specie disquirit de testamento tempore pestis condito*, *& late probat heredis institutionem ibidem non esse necessariam*, *quæ tamen argumenta etiam ad testamentum militare quadrant*, *quin quod* num. 9. *ipse argumentum exinde deducat*, *& militis testamentum heredis institutionem non requirere doceat*. *Quæ si vera sunt*, *Domitiana quæstio est*, *an testes in codicillis militaribus sint necessarii*, *quia plane ita nulla esset differentia statuenda*. *Verum recte contrarium statuit Dn* Harprecht. de testam. pag. in hostic. confect. th. 75. num. 9. *cum solennia quidem militibus remissa sint*, *neutiquam vero essentialia*. *Et aliud est*, *an solennis heredis institutio necessaria sit*; *quod negatur*. *Et aliud*, *an non aliqua declaratio heredis requiratur*, *ut dispositio possit dici testamentum*. *Nam testamentum per hoc dicitur testamentum*, *quod heredis futuri declarationem contineat*. *Ceterum si schedulam quandam miles in expeditione reliquerit*, *absque designatione heredis*, *magis pro codicillis militaribus habenda erit*.

§. XI.

§. XI.

Ne quidem teſtes requiruntur, ſi codicilli in caſtris fiant.

UT ut vero de jure Romano certum ſit, in teſtamento militari nullos requiri teſtes, ſive in conflictu, ſive in caſtris conditum fuerit, ſed ſufficere, ſi qualicunque ſcriptura voluntas defuncti probetur l. 24. pr. l. 40. pr. ff. de teſtam. milit. l. 15. C. eod. *Richter.* deciſ. 38. num. 7. *Dn. Stryk.* de caut. teſtam. c. 9. §. 13. *ut adeoque recipi non poſſit ſententia* Collegii jur. Arg. tit. de milit. teſtam. *exiſtimantis, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, tamen in* ordin. Maximil. de anno 1512. rubr. de teſtamentis §. & debent, *hoc tantum reſtrictum eſt ad milites in conflictu exiſtentes, ceteris, qui in caſtris poſiti ſunt, neceſſitas impoſita eſt, ad minimum adhibendi duos teſtes per verba:* Vel equitum, qui in caſtris eſſet, & in acie, tum remittitur teſtium numerus uſque ad duo. *Carpz.* p. 3. c. 4. def. 26. *Hinc quæſtio exſurgit: an hæc diſtinctio etiam ad codicillos pertineat, ita ut miles in caſtris per codicillos diſponens ad minimum duos teſtes adhibere debeat? Quod affirmandum eſſe videtur ex hiſce rationibus (1) quod Maximilianus in* eodem §. *etiam de codicillis diſponat, & ſic quoque utrumque caſum ſub ſua nova diſpoſitione complecti voluiſſe videtur; (2) quod hic quoque eadem ratio adeſſe videatur, cum etiam hic ceſſet præſens periculum, & quod facillime in caſtris duo teſtes reperiri queant* *Carpz.* cit. l. n. 8. (3) *quod alias plerumque argumentum a teſtamentis ad codicillos*

va-

valeat. *Verum quemadmodum expeditum est*, *de jure communi nec in testamento*, *nec in codicillis militum in expeditione constitutorum testes requiri*, *sed per* dict. Recess. *in testamentis militaribus novi quid constitutum esse*, *ita tamdiu in dispositione juris Romani subsistendum esse censeo*, *donec etiam in codicillis hæc correctio doceatur*. *Hæc vero nec ex* cit. R. *colligitur*, *quippe qui tantum de testamentis militum loquitur*, & *codicillos a testamento clare distinguit*, *nec ratione solennium valet argumentum a testamentis ad codicillos*, *cum utraque dispositio propria sua requisita habeat*, *nec ordinarie idem numerus testium in codicillis nesessarius sit*, *qui in testamtis requiritur*. *Suppono autem clare constare de voluntate codicillos scribentis*, *ex scriptura ipsa*, *nam alioquin ad eam probandam aliquando ex accidenti testes erunt necessarii*. *Et quidem tales codicilli militares per se subsistunt*, *nec ex testamento antecedente vires suas sortiuntur*, *adeoque illo vel maxime concurrente* (*forsan quod extra expeditionem conditum fuerit*, & *defectu quodam laboret*) *tamen codicilli militares subsistunt* L. 8. §. 4. ff. de jure codicill.

§. XII.

Vel si paganus in hostico codicillos fecerit?

IN *codicillis a pagano in hostico confectis itidem omnia solennia remissa sunt*, *neque testium numerus desideratur*. *Ut ut enim* in l. f. ff. de testam. milit. & in l. un. ff. de B. P. ex testam. milit. *tantum mentio testamentorum fieri*

fieri videatur, tamen ad codicillos dispositio juris omnino quoque pertinebit. Unde si paganus in hostico constitutus tantum legata relinqueret, nullum scribendo heredem dispositionem talem per modum codicillorum valere ait Dn. Harprecht de testam. pagan. in hostic. confect. th. 57. n. 12. *Ceterum ut tales codicilli absque omnibus subsistant testibus, necessarium est* (1) *ut paganus, quicunque demum fuerit, modo alias testamenti factionem habeat, fuerit in hostico tempore eo, quo codicillos scribit, constitutus, h. e. vel in ipso conflictu vel in procinctu ad confligendum cum hoste, neque enim, qui in castris versantur, idem privilegium concessum est*: Carpz. P. 3. C. 4. de f. 14. (2) *ut etiam in hostico decesserit. Quodsi enim periculum præsens evadat, jam satis commodam solenne testamentum condendi occasionem habet. Ad dubia, quæ hic moveri possent, respondet Dn. Harprecht* cit. l. th. 39. *quo ipso satis manifesta deprehenditur differentia codicillorum militarium, & paganorum, in hostico tamen confectorum.*

§. XIII.

Codicilli tempore pestis conditi an testes requirant?

C*Eterum gravior quæstio est, an codicilli tempore pestis scripti testes desiderent? Hoc satis expeditum est, testamenta tempore pestis condita de consuetudine Germaniæ coram duobus testibus confecta subsistere, ut ut in jure civili de septenario testium numero nihil remissum sit. Mynf.*

cent. 5.

cent.5. obſ.96. *Gail.* 2. obſ.118. num.18. ***Dn. Stryk.*** de caut. teſtam. c.11. §.3. *Cum itaque vel duo teſtes hodie in teſtamentis tempore peſtis conditi ſufficiant, pauciores autem teſtes ordinarie in codicillis quam in teſtamentis requirantur, dicendum videtur, in ejuſmodi codicillis nullos teſtes eſſe neceſſarios. Verum ab hac ſententia communiter Dd. recedunt, atque in codicillis hiſce quoque duos teſtes neceſſarios eſſe ſtatuunt Carpz.* P.3. C.4. def.3. 13. *Berlich.* P.4. concl.2. num.14. ſeqq. *Hahn. ad Vveſenb.* tit. de m. c. donat. n.6. *tum quod codicilli quoque ſub generali denominatione teſtamentorum veniant Carpz.* cit. l. num.3. *tum etiam quod hic inter codicillos & teſtamenta perpetua proportio non habeat locum. Verum Carpzovius non ſatis hac in re ſibi conſtat. Exiſtimat duos teſtes de jure gentium ad omnem ultimam voluntatem pertinere, nec de hoc numero quid remitti poſſe, cum ad probationem hi teſtes ſpectent, conſ.* Carpz. cit. l. def.13. & lib.6. reſp.13. n. 10.11. *quo poſito teſtes non ſunt neceſſarii, quando ſcilicet nulla probatione per teſtes opus eſt, quippe quæ alias ex ſcriptura haberi poteſt. Et tamen deinceps in fine* def. 3. cit. *ſubjungit, ſe concedere, patrem inter liberos peſtis tempore ſola ſcriptura abſque teſtibus codicillos condere poſſe, quo ipſo ſane rurſus revocat, quod antea dixerat, ſcil. teſtes de jure Gentium in diſpoſitionibus ultimis requiri; Si enim per ſe requirerentur, nec in patris teſtamento abeſſe poſſent, in quo, quæ juris Gentium ſunt, haud remiſſa ſunt. Itaque prædictæ rationes non ſtringunt, ſed aut nulli teſtes erunt neceſſarii, aut ſi ſunt neceſſarii, alia ſunt ſubſtituenda fundamenta.* H*æc vero cum deficiant, in priori ſubſiſtendum*

eſt

est ratione, quod, ubi constet de voluntate codicillantis, testes non necessarii sint.

§. XIV.

Quando pater per codicillos disponit inter liberos, testes non requiruntur.

Quando porro pater disponit inter liberos per codicillos, nullos tunc testes esse necessarios, concedunt Dd. cum nec in testamento hujusmodi necessarii sint Carpz. P.3. C.4. def.3. n.10. *&* def. 17. *nec in divisione paterna* l. f. C. fam. hercisc. *sed sufficiat, si de voluntate patris constet.* Carpz. cit. l. def. 22. H*oc tamen tantum intelligendum de casu, si inter solos liberos pater disposuit. Quodsi enim extraneæ personæ in hujusmodi codicillis quid esset relictum, testium copia quoad subsistentiam legati vel fideicommissi extraneo relicti desideratur in* Nov.107. c.1. *& tum numerus testium in jure non determinatus sit verbis expressis, vel duos sufficere existimant Carpz.* cit. l. def.20. *Richter* decis.29. num.88. *& hoc quidem arg.* l.12. ff. de testibus. *Verum hæc sententia dubia vel inde est, quod hic testes non ad solam probationem, sed potius ad solennitatem à legibus requisitam requirantur, & quod potius pro substrata materia testium numerus determinandus sit. Scilicet respectu extranei codicilli sua ordinaria requisita habere debent, & sic potius quinque requiruntur, si antea testamento confirmati haud fuerint ill. Dn. Stryk.* de caut. testam. c.10. & 24.

§. XV.

Codicilli in favorem piarum cauſarum facti teſtes non requirunt.

D*Enique codicillos, quibus piis cauſis proviſum eſt, teſtes nullos requirere, conſtanter aſſerimus. Licet enim non deſint, qui nullum legatum piis cauſis relictum abſque duobus teſtibus ſubſiſtere ſtatuant, quod Pontifex in* c. 11. X de teſtam. *duorum vel trium teſtium mentionem faciat*: *Fachin.* lib.4. contr. c.3 *Finckelthaus* obſ.78. qu.2. *Carpz.* P.3. C.4. def.33. n.8. *Goſvvin ab Eſbach* ad Carpz. c. I. num.8. *tamen pluribus jam contrarium oſtenſum eſt ab ill. Dn. Strykio* de caut. teſt. c.12. §.6. *cum non poſſit oſtendi, Pontificem ſub præciſa neceſſitate, duorum vel trium teſtium præſentiam requiſiviſſe, ſed tantum ad nudam certitudinem voluntatis ſeu probationem, quæ ſupervacua eſt, quoties alias de voluntate teſtatoris conſtat.* Hoc *ipſum ſatis indicat raro ſubjecta in* cit. text. *dum Pontifex provocat ad vulgatum illud juris divini*: in ore duorum aut trium teſtium omnis veritas conſiſtet, *quod aſſertum ad ſolam probationem reſpicit. Plura ſuperaddere deſiſto, qui ſolum caſus referre ſtudui, quibus codicilli abſque teſtibus ſubſiſtere poſſunt id quod ea, qua fieri potuit, brevitate & perſpicuitate, me executum eſſe confido. DEO interim ſit laus, & gloria.*



INDEX
RERUM, AC VERBORUM TOTIUS OPERIS.

Primus numerus paginam notat, alter proprium cujusque §. numerum. Literæ vero spectant adnotationes.

A

B

Co-

Co-

D

E

F

G

H

I

La-

L

M

N

Quæ-

R

S

Se-

T

V



ERRATA

Pag. 15. *lin.* 10. *pro*	decedebant	*rescribe*	decederent
Pag. 15. *lin.* 11. *pro*	cogebantur		cogerentur
Pag. 25. *lin.* 22. *pro*	perturbata		perturbate
Pag. 89. *lin.* 1. *pro*	quoa		quod
Pag. 96. *lin.* 7. *pro*	qaasi		quasi
Pag. 163. *lin.* 26. *pro*	ofuso		offuso
Pag. 245. *lin.* 2. *pro*	leumg		legum

Cetera vero typographica menda quisque viderit.





